Wessels / Beulke / Satzger

Derecho Penal

Parte General

El delito y su estructura

46.ª ed. alemana

Traducción de

Raúl Pariona Arana

Instituto Pacífico

Johannes Wessels
Werner Beulke
Helmut Satzger

Derecho Penal

Parte General

El delito y su estructura

Derecho Penal

Parte General

El delito y su estructura

JOHANNES WESSELS
Profesor en la Universidad de Münster (Alemania)

WERNER BEULKE
Profesor en la Universidad de Passau (Alemania)

HELMUT SATZGER
Profesor en la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich (Alemania)

Traducción de la
46.ª edición alemana

RAÚL PARIONA ARANA
Profesor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos,
Pontificia Universidad Católica del Perú
y Universidad de San Martín de Porres

INSTITUTO PACÍFICO

Derecho Penal. Parte General
El delito y su estructura

Título original:
Strafrecht Allgemeiner Teil: Die Straftat und ihr Aufbau

Autores:
© Johannes Wessels/Werner Beulke/Helmut Satzger, 2018

Traducido: Raúl Pariona Arana

Primera edición-setiembre 2018

Copyright 2018
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:
Luis Ruiz Martinez

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2018
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 4,600 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051800893

ISBN : 978-612-322-104-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º : 2018-13779

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Este texto se encuentra sujeto a fe de erratas.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

Presentación del traductor

La idea que motivó esta traducción se remonta al año 2004, cuando arribé a Alemania para iniciar mis estudios de doctorado en la Universidad Ludwig-Maximilian de Múnich. Mi primera clase del semestre de invierno en la Facultad de Derecho fue precisamente la de Derecho Penal-Parte General. Terminada la clase quedé absorto. La cantidad de información y citas doctrinales y jurisprudenciales que nos había proporcionado la profesora, aunado a mi primer encuentro con el derecho penal alemán, hizo que inmediatamente busque sugerencias en amigos, colegas y profesores alemanes sobre algún texto que me permitiera conocer los fundamentos del derecho penal alemán de modo didáctico. Todos coincidieron en que debía empezar estudiando el libro *Derecho penal. Parte general* de Wessels. Corrí a la librería a comprar un ejemplar —que aún guardo con muchas anotaciones mías de entonces— y luego de leerlo comprobé el porqué de la unanimidad en la recomendación: se trataba de un libro que combinaba de manera perfecta la profundidad en el desarrollo teórico y la explicación práctica, sobre la base de casos teóricos y de la jurisprudencia de los tribunales de justicia alemanes. Este libro me ayudó mucho en esos momentos a superar los diversos exámenes y afirmar mis conocimientos de dogmática penal.

Desde aquel entonces, siempre anhelé traducir —algún día— este libro al español a fin de que los estudiantes y juristas en el Perú pudieran experimentar la satisfacción intelectual que viví al leerlo. Tomé conocimiento de una traducción hecha en Argentina el año 1980 por Conrado A. Finzi. Pasado el tiempo, en el otoño del año 2014, en una visita a la Universidad de Múnich, ya en mi condición de profesor, en una conversación con el profesor Helmut Satzger —colega y amigo— se concretó la idea de traducir el libro al español. Recibí también la grata aceptación y apoyo del profesor Beulke. Han transcurrido ya 14 años de aquel tiempo de cuando surgió la idea de la traducción, y con gran satisfacción, hoy puedo verla materializada. La

traducción abarca desde el § 1 hasta el § 21 del libro, no se ha considerado el anexo con acápites sobre cuestiones metodológicas.

En mi quehacer académico, también en esta traducción, siempre he contado con la colaboración de mis asistentes científicos. Los diversos objetivos logrados en el tiempo no serían posibles sin su permanente apoyo y consejo. A todos ellos quiero agradecerles infinitamente por tanto desprendimiento.

Finalizo estas breves palabras de presentación, expresando mi agradecimiento a los profesores Werner Beulke y Helmut Satzger por haberme confiado esta tarea. Para mí ha sido un privilegio hacerme cargo de la traducción. En el camino que supuso esta tarea he aprendido mucho y, en diversos momentos, me he sentido nuevamente un estudiante ... como aquel entonces.

Lima, julio del 2018

Prof. Dr. iur. Raúl Pariona Arana

Prólogo a la edición en español

El presente libro, traducido al español por el profesor Raúl Pariona Arana, es un verdadero clásico entre los manuales alemanes. Durante casi 40 años, este manual de la parte general del derecho penal iniciado por Johannes Wessels constituye una parte esencial de la literatura recomendada por prácticamente todos los docentes de derecho penal de las universidades alemanas. Resulta difícil que un estudiante de Derecho de las últimas décadas haya pasado por alto este libro. La obra, complementada por dos volúmenes sobre la parte especial —también iniciados por Wessels—, estableció estándares didácticos. El mismo Wessels describió este concepto en el prólogo a la primera edición, señalando entonces que "por medio de casos jurídicos, elegidos con base en criterios pedagógicos, se desarrolla paso a paso los fundamentos de un sistema de derecho penal, que ofrece espacio a las modernas corrientes científicas". El manual mantiene hasta hoy esa forma comprobada de presentación —la cual ha inspirado a otros manuales aparecidos con posterioridad—. Werner Beulke, quien desde 1998 ha estado a cargo del manual, lo ha venido haciendo, de acuerdo con el prólogo a la 28.ª edición, esforzándose en "conservar el sentido de su fundador, para que en el futuro siga ofreciendo de forma confiable a sus lectores los temas fundamentales del derecho penal". Desde la 43.ª edición Helmut Satzger se ha unido a su maestro y desde entonces ambos tienen a su cargo el libro. Comprometidos con la tradición del manual, ellos han aportado su amplia experiencia didáctica con estudiantes de distintas universidades en el manual de Wessels. Ellos han seguido desarrollando y modernizado la presentación y los contenidos. Por consiguiente, la obra se encuentra estructurada de una manera más clara y enriquecida con numerosos gráficos y resúmenes; la versión alemana se halla acompañada incluso de una versión *eBook*, la cual no solo contiene el contenido completo de la versión impresa y los correspondientes enlaces, sino también todas las decisiones judiciales citadas. El manual también es complementado con tres libros de casos ("fallbücher") escritos por Beulke, los cuales ilustran soluciones prácticas de

sucesos complejos y presentan problemas relevantes y definiciones de fácil retención, lo cual es de especial importancia para los exámenes universitarios alemanes, que consisten en el análisis de casos concretos. Además de una actualización de la actividad del legislador alemán, relativamente dinámica, los autores enfatizan los aspectos modernos de la parte general. Así, por ejemplo, cuestiones relativas a la influencia europea e internacional sobre el derecho penal alemán. Por lo tanto, pese a su antigüedad, el "Wessels/Beulke/Satzger" es un manual moderno en todo sentido, tanto metódicamente como en cuanto al contenido.

Los autores queremos expresar nuestra alegría porque el manual también tenga gran acogida fuera de las fronteras alemanas. Por una parte, esto se debe al gran interés existente en muchas partes de Europa y del mundo por la dogmática alemana del derecho penal. Aunque el manual es parte de esa tradición también quiere imponer un nuevo acento de apertura al mundo. Por otra parte, hemos reparado en un creciente interés en la educación alemana, también en el ámbito del derecho penal, de modo que la demanda en el extranjero de la técnica alemana del *Gutachten* y el método de solución de casos es considerable.

Por esas razones, nos alegra de sobremanera que el profesor Raúl Pariona Arana se haya encargado del gran trabajo de traducir la 46.ª edición alemana del libro al español. Para nosotros era muy importante que precisamente fuera él quien se encargara de esa labor, pues debido a su estancia prolongada en Alemania, su trabajo intensivo con el derecho penal alemán y su contacto con la educación alemana, así como por la amistad con Helmut Satzger, se encontraba en una inmejorable posición de traducir no solo el texto, sino también el espíritu del libro. Quisiéramos agradecer de todo corazón al profesor Pariona por este gran logro, con la esperanza de que la traducción al español pueda ser de ayuda para muchos interesados en el derecho penal y profundice aún más la estrecha relación dogmático-penal entre el mundo de habla hispana y alemana.

Passau, Múnich, julio del 2018

Prof. Dr. Werner Beulke
Prof. Dr. Helmut Satzger

Prólogo a la 46.ª edición alemana

La 46.ª edición de este libro dedicado a la parte general del derecho penal, y apreciado tanto por los docentes como por los estudiantes, persigue un doble objetivo. Por una parte, la actualización del texto, para lo cual se ha considerado la jurisprudencia y la doctrina existente hasta julio del 2015. Por otra parte, se ha realizado una modificación sustancial de extensas partes del libro, en especial las referidas a la culpabilidad y a la teoría del error, lo que lamentablemente hizo indispensable una modificación de los números marginales dentro de los §§ 13-15. Nos hemos empeñado en estructurar la presentación de una forma didáctica e ilustrativa, con ese objetivo han sido incluidos algunos gráficos.

El *ebook*, que desde ediciones anteriores ha sido entregado como una novedad junto a la versión impresa y que no solo contiene el texto completo del manual, sino que además ofrece al lector los correspondientes textos legales, así como las decisiones jurisprudenciales más relevantes, se ha constituido en un valor agregado para un trabajo eficiente con el manual. Por consiguiente, nos alegra poder ofrecer este servicio adicional también con esta nueva edición.

Además de ello, queremos hacer referencia al libro titulado *Fall- und Repetitionsbücher* editado por Werner Beulke, el cual se ha consolidado en el ámbito académico universitario y en el que se presenta gráficamente a los estudiantes la forma en la que los conocimientos ofrecidos en este manual tienen que ponerse en práctica en los exámenes universitarios. El *Klausurenkurs im Strafrecht I*, el cual se dirige a quienes se inician en el derecho penal, se encuentra ya en su 7.ª edición; la 3.ª edición del *Klausurenkurs im Strafrecht II*, recomendado para estudiantes avanzados, ha sido publicada este año. Por su parte, el *Klausurenkurs im Strafrecht III,* que se halla ya en su 4.ª edición, es recomendable para los candidatos al examen estatal. Las referencias a los cursos relacionados con exámenes están resaltadas en el texto del libro.

El lector encontrará también al final de casi todos los capítulos de esta edición una referencia a la "Jurisprudencia actual", la cual tiene como objetivo servir como material de ayuda para el aprendizaje y el repaso de las lecciones e informar a los estudiantes respecto a los desarrollos jurisprudenciales de la más alta instancia, ya tratada en el texto, y que es especialmente relevante para las pruebas orales y escritas. Por esta razón, una lectura de tales decisiones jurisprudenciales —incluso más fácil en la versión del *ebook*— es altamente recomendable para todos los lectores.

Por su ayuda comprometida y extraordinaria en este trabajo agradecemos en Passau, ante todo a la Sra. Lilly Beutler, Sra. Frauke Hansper, Sra. Olga Kuhls, Sr. Christoph Rieß, Sr. Malte Sander y Sra. Barbara Wiedmer.

En Múnich, el "Wessels-Team" ha trabajado incansable y disciplinadamente para sacar adelante esta nueva edición, incluso durante muchas horas extra. Aquí queremos agradecer al Sr. Florian Ruhs y al Sr. Maximilian Seu, quienes han coordinado el equipo de una manera competente y bastante diligente. Asimismo, queremos agradecer por su ayuda con los contenidos a la Sra. Claudia Stühler, al Sr. Nicolai von Maltitz y al Sr. akad. Rat. a.z. Dr. Frank Zimmermann; una extensa y siempre cuidadosa labor de investigación ha sido llevada a cabo por la Sra. Isabel Vicaria Barker, Sr. Severin Berger, Sr. Alexander Gorski, Sr. Lorcán Hyde, Sr. Philipp Kellner, Sr. Lorenz Seidl y Sr. Jan-Sören Wiebers. A todos ellos les extendemos nuestro agradecimiento.

Passau, Múnich, julio del 2016

Werner Beulke
Helmut Satzger

Índice

Presentación del traductor VII
Prólogo a la edición en español IX
Prólogo a la 46.ª edición alemana XI
Abreviaturas XXV
Índice bibliográfico XXXV
Libros homenaje XLVII

Parte I
El derecho penal y la ley penal. La persona como sujeto de derecho

§ 1 Función y conceptos fundamentales del derecho penal. La clasificación de los delitos 1 1
I. Función y conceptos fundamentales 4 1
1. Fundamentación de la existencia del derecho penal como rama del derecho público 4 1
2. La función de protección del derecho penal 9 3
3. Requisitos y consecuencias jurídicas del hecho punible 17 7
4. Sentido y fin de la pena 21 9
5. Conceptos jurídico-penales generales 27 12
6. Desvalor del resultado, desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna 29 13
II. La clasificación de los delitos 31 14
1. Delitos y faltas 31 14
2. Delitos de resultado y de actividad 36 15
3. Delitos de lesión y delitos de peligro 40 17
4. Delitos permanentes y delitos de estado 45 18
5. Delitos de comisión y delitos de omisión 48 18

	6. Delitos comunes, delitos especiales y delitos de propia mano	52	19
	7. Delitos de emprendimiento	57	21
	8. Delitos dolosos y delitos imprudentes	58	21
§ 2	**La ley penal y su aplicación. Analogía e interpretación. Referencias internacionales**	60	22
	I. La función de garantía de la ley penal	61	22
	1. El principio de determinación	64	24
	2. La prohibición de retroactividad	66	26
	3. Derecho consuetudinario y analogía	71	29
	II. Analogía e interpretación	75	30
	1. Delimitación entre analogía e interpretación	75	30
	2. Los métodos de la interpretación	76	31
	III. El ámbito de vigencia del derecho penal alemán	85	35
	1. El ámbito de vigencia internacional	85	35
	2. Resumen sobre el ámbito de validez del derecho penal alemán	96	40
	3. Cuestiones procesales	98	41
	IV. El derecho penal internacional	99	42
	1. Fundamentos del derecho penal internacional	99	42
	2. Corte Penal Internacional	101	43
	3. Código Penal internacional alemán	103	45
	V. Derecho europeo y derecho penal	108	47
	1. Fundamentos de la europeización	108	47
	2. Armonización jurídica en el derecho penal material	111	48
	3. Asimilación y neutralización del derecho penal alemán	117	51
	4. Convención Europea de Derechos Humanos	118	52
§ 3	**La persona como sujeto de derecho. La teoría jurídico-penal de la acción**	123	55
	I. El comportamiento humano como base del hecho punible	124	55
	II. El concepto jurídico-penal de acción	128	57
	1. Las teorías causal, final y social de la acción	128	57
	2. Toma de posición	135	59
	3. Capacidad de acción y ausencia de acción	139	61
	4. Conexiones con la teoría general del delito	149	65

Parte II
Los delitos de comisión dolosa

§ 4	**La creación de tipos penales y de grupos de delitos en la ley**	153	67
	I. Creación del tipo y sistemática de la ley	154	67
	II. Modalidades del tipo y su significado	158	68
	1. Modalidades dependientes e independientes	158	68
	2. Concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes	166	71
§ 5	**La teoría del tipo. Concepto y estructura del tipo de injusto**	170	72
	I. La estructura fundamental del injusto penal	171	73
	II. La teoría del tipo	174	74
	1. El tipo en sentido amplio	175	74
	2. El tipo en sentido restringido (tipo de injusto)	176	74
	3. El tipo de injusto global	180	75
	III. Los elementos individuales del tipo de injusto	188	78
	1. Elementos descriptivos y normativos	189	78
	2. Elementos objetivos y subjetivos	192	78
	3. La "doble función" del dolo	200	81
	IV. Requisitos especiales de la punibilidad y de la perseguibilidad	206	84
	1. Condiciones objetivas de la punibilidad (denominado anexo del tipo)	206	84
	2. Requisitos para la persecución penal	210	86
§ 6	**El tipo objetivo del injusto. Causalidad del resultado e imputación objetiva**	212	86
	I. Los fundamentos de la responsabilidad penal: la relación entre acción y resultado	213	87
	II. El nexo de causalidad entre acción y resultado	217	88
	1. La fórmula de la *conditio sine qua non* de la denominada teoría de la condición o de la equivalencia	218	89
	2. Problemas y reglas de aplicación de la fórmula de la *conditio*	228	94
	3. La teoría de la condición adecuada	239	99
	4. Otras teorías de la causalidad	242	100
	III. La imputación objetiva del resultado de la acción	246	102
	1. Fundamentos y requisitos generales de la imputación objetiva	246	102
	2. El grupo de casos referidos al "fin de protección de la norma"	254	106

3. El grupo de casos referidos al "riesgo general de la vida" y al "riesgo permitido" 257 107
4. El grupo de casos de la "autolesión y autopuesta en peligro" 259 109
5. El grupo de casos referidos a la "injerencia autorresponsable de un tercero" 276 117
6. El grupo de casos referidos a la "disminución del riesgo" 284 121
7. El grupo de casos referidos a un "curso causal atípico" 289 124
8. El grupo de casos referidos a la "relación de contrariedad a un deber" 294 126

§ 7. El tipo subjetivo de injusto. Dolo típico, error de tipo e imputación subjetiva 302 131

I. Los elementos del tipo subjetivo del injusto 303 131
1. El dolo típico 304 132
2. Otros elementos subjetivos 312 134
3. La relación con el tipo objetivo 313 135

II. Las formas de manifestación del dolo típico 316 136
1. La intención como forma del dolo 317 136
2. El dolo directo 322 138
3. El dolo eventual 323 138
4. Dolo alternativo 340 144

III. El elemento cognitivo del dolo típico 347 147
1. El punto de referencia del dolo 347 147
2. Conocimiento de las circunstancias del hecho y del significado 351 149

IV. El error de tipo y su delimitación 356 152
1. Sinopsis 356 152
2. El error sobre el objeto de la acción *(error in persona vel obiecto)* 360 153
3. El error en la ejecución *(aberratio ictus)* 364 155
4. El error sobre el curso causal 374 160

§ 8. La antijuridicidad. Tipo de injusto y tipo permisivo. Fundamentos y estructura de las causas de justificación 384 165

I. El nivel valorativo de la antijuridicidad en la estructura del delito 385 165
1. La relación entre tipo y antijuridicidad 386 165
2. Fuentes del derecho y límites jurídico-constitucionales de las causas de justificación 391 168
3. Fundamentos de las causas de justificación 400 172

4. Estructura de las causas de justificación como normas permisivas 401 173
5. Terminología: antijurídicidad e injusto 410 177

II. Vista general sobre las causas de justificación más importantes 412 178
1. Un compendio de las normas de permisión (ampliamente) reconocidas 412 178
2. Causas de justificación discutidas 413 179
3. Causas de justificación y ejercicio de funciones 418 181
4. Concurrencia de diversas causas de justificación 429 186

§ 9. Causas de justificación I. El estado de necesidad justificante (§§ 228, 904 BGB; § 34 StGB) 431 187

I. El estado de necesidad jurídico-civil 436 189
1. Estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB) 437 189
2. Estado de necesidad agresivo (§ 904 BGB) 441 190

II. El estado de necesidad justificante general 444 192
1. La situación de necesidad 446 192
2. La acción necesaria 456 195
3. Ponderación de intereses y cláusula de adecuación. 458 195
4. Problemas concretos de la ponderación de intereses y de la cláusula de adecuación 461 197
5. Colisión de intereses en el ámbito de un mismo titular del bien jurídico 476 205
6. Elemento subjetivo de la justificación: conocimiento y voluntad de salvación 477 205
7. Resumen 479 206

§ 10. Causas de justificación II: La legítima defensa (§ 32) 480 207

I. Fundamentos del derecho a la legítima defensa 481 208
II. La situación de la legítima defensa 482 208
1. Existencia de una agresión 483 208
2. Actualidad de la agresión 487 211
3. Ilegitimidad (antijuricidad) de la agresión 493 213

III. La acción de la legítima defensa 496 216
1. La acción de la legítima defensa como defensa orientada solo contra el agresor 497 216
2. Necesidad de la acción de la legítima defensa 498 217
3. La cualidad de legítima defensa exigida o indicada 508 221
4. La voluntad defensiva 532 232
5. Exceso en la legítima defensa y legítima defensa putativa 534 233
6. Resumen 536 233

§ 11. Causas de justificación II: El consentimiento 537 236
I. Delimitación: El acuerdo excluyente del tipo y el consentimiento justificante 538 236
II. El acuerdo excluyente del tipo 543 239
1. Ámbito de aplicación del acuerdo 543 239
2. Requisitos del acuerdo 545 240
3. Efecto del acuerdo 549 241
III. El consentimiento justificante 550 242
1. Ámbito de aplicación del consentimiento justificante 551 242
2. Requisitos del consentimiento justificante 552 242
IV. El consentimiento presunto 569 250
1. Ámbito de aplicación del consentimiento presunto 569 250
2. Actuar en interés material del afectado 570 251
3. Principio de la ausencia de interés 579 255
V. El consentimiento hipotético 580 255
1. Ámbito de aplicación objeto de discusión 580 255
2. Estado de la cuestión 582 256

§ 12 Causas de justificación IV: Derecho de corrección y de educación, así como derecho de arresto 590 262
I. Derecho de corrección y de educación 591 263
1. El derecho de corrección corporal 592 263
2. El derecho a otras medidas educativas 598 266
II. Derecho de detención según el § 127 StPO y la autotutela según el § 228 BGB 600 267

§ 13. Culpabilidad y causas de exculpación 604 269
I. Culpabilidad y responsabilidad en el derecho penal 605 270
1. El principio de culpabilidad 605 270
2. La relevancia de la culpabilidad en el sistema del derecho penal 606 270
3. Teoría de la culpabilidad y concepto normativo de la culpabilidad 609 272
4. La libertad de la voluntad como problema del concepto normativo de culpabilidad 613 275
5. Resumen: El objeto del reproche de la culpabilidad 617 277
6. Medida del reproche de la culpabilidad 620 279
II. La imputabilidad 621 279
1. Inimputabilidad 621 279
2. Imputabilidad disminuida 631 285
3. Imputabilidad relativa 632 286
4. Causación reprochable de la inimputabilidad: la *actio libera in causa* 633 286
III. Los elementos especiales de la culpabilidad 643 296

IV. La forma de la culpabilidad	646	298
V. La conciencia del injusto	648	299
VI. Las causas de exculpación	652	300
1. El estado de necesidad exculpante	653	301
2. El exceso en la legítima defensa según el § 33	666	309
3. El actuar por orden del servicio funcionarial	674	316
4. Inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma	676	317
5. Estado de necesidad exculpante supralegal	677	318
§ 14. Teoría del error	681	325
I. Panorama	681a	325
1. Errores referidos al tipo: error de tipo vs. error de prohibición directo	683	326
2. Error sobre la concurrencia de causas de justificación: error de tipo permisivo vs. error de permisión	684	327
3. Error sobre la concurrencia de causas de exculpación	685	328
4. Error sobre las causas personales de exclusión de la punibilidad/condiciones de la persecución penal	686	329
II. Error de prohibición directo	687	330
1. Requisitos	687	330
2. Consecuencias jurídicas (especialmente de la evitabilidad del error de prohibición)	688	331
3. Delimitación entre error de tipo y el error de prohibición directo	692	333
III. Error de tipo permisivo	693	334
1. Requisitos	693	334
2. Consecuencias jurídicas	694	335
IV. Error de permisión (error de prohibición indirecto)	708	342
1. Requisitos	708	342
2. Consecuencias jurídicas	711	343
3. Cuestiones de delimitación	712	344
V. Error sobre el suceso exculpante	716	347
1. Requisitos	716	347
2. Consecuencias jurídicas	717	347
VI. Error sobre la norma de exculpación	722	349
§ 15. Las causas personales de exclusión y de cancelación de la punibilidad, así como los requisitos de la persecución penal	724	350
I. Excepciones personales a la punibilidad	725	351

1. Causas personales de exclusión de la pena	726	351
2. Causas personales de cancelación de la pena	727	352
II. Causas de limitación de la pena y de la admisibilidad de la persecución penal	728	352
1. Reducción de la pena y exención de la pena	728	352
2. Condiciones y obstáculos a la persecución penal	729	352
III. El error sobre las causas personales de exclusión de la pena	730	353
1. Error sobre hechos	730	353
2. Error sobre la norma	735	355
IV. El error sobre los presupuestos de persecución penal	736	356
§ 16. Autoría y participación	737	356
I. Formas de intervención y concepto de autor	738	357
1. Sistema diferenciador y principio del autor unitario	738	357
2. Fundamento de la autoría	741	358
II. La delimitación entre autoría y participación	743	359
1. La teoría objetivo-formal	744	360
2. La teoría del dominio del hecho	745	360
3. La teoría subjetiva	748	361
4. Toma de posición	750	362
5. Particularidades de un concepto de autor referido al tipo	753	364
III. Autoría directa y autoría mediata, coautoría y autoría paralela	758	366
1. La autoría directa	758	366
2. La coautoría	759	366
3. La autoría mediata	773	374
4. Exceso y error en la autoría mediata	786	382
IV. Instigación y complicidad	793	385
1. La accesoriedad de la participación	793	385
2. Flexibilizaciones de la accesoriedad	797	387
3. La tentativa de participación	802	391
4. La instigación	813	395
5. La complicidad	828	403
6. Participación necesaria	835	409
7. Imposibilidad de la identificación de las formas de intervención	836	409
§ 17. Tentativa, desistimiento de la tentativa y arrepentimiento activo	838	412
I. Los grados de realización del hecho doloso y la punibilidad de la tentativa	839	412
1. Los grados de realización de la voluntad	839	412

2. El fundamento de la pena de la tentativa 843 414
II. El tipo de la tentativa 844 415
1. La punibilidad de la tentativa 846 415
2. La falta de consumación del delito 847 415
3. La decisión al hecho (tipo subjetivo) 851 416
4. La disposición inmediata (tipo objetivo) 852 417
5. Antijuridicidad 869 424
6. Casos especiales 870 424
III. Tentativa inidónea 880 431
IV. Delito putativo 882 432
V. Desistimiento de la tentativa y arrepentimiento activo 885 434
1. Fundamento jurídico de la no punibilidad 886 434
2. Desistimiento fracasado 888 436
3. La tentativa fracasada 889 437
4. Delimitación entre tentativa inacabada y tentativa acabada 893 440
5. El desistimiento de una tentativa inacabada 902 444
6. El desistimiento de la tentativa acabada 906 446
7. El desistimiento en caso de varios intervinientes 910 449
8. La voluntariedad 915 452
9. El efecto del desistimiento 919 455
10. Desistimiento de una tentativa cualificada por el resultado 921 456
11. El arrepentimiento activo 922 456
12. Indicaciones para la solución de casos 923 457

Parte III
El delito de comisión imprudente

§ 18. Forma y estructura del hecho punible imprudente 925 461
I. Concepto y formas de manifestación de la imprudencia 926 461
1. La autonomía estructural del hecho imprudente ... 926 461
2. Formas de manifestación de la imprudencia 932 464
II. El tipo de injusto de los delitos imprudentes de resultado 934 465
1. Panorama sobre los elementos del tipo de injusto .. 935 465
2. La causación del resultado 937 465
3. La infracción del deber objetivo de cuidado 939 466
4. La imputación objetiva del resultado 950 471
III. Antijuridicidad y culpabilidad en los delitos imprudentes 972 482
1. Causas de justificación 972 482
2. La culpabilidad de la imprudencia 974 484
IV. El elemento de la imprudencia en las combinaciones dolo-imprudencia 977 485

Parte IV
Los delitos de omisión

§ 19	**Delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia. La colisión de deberes**	980	489
I.	Clasificación y delimitación de los delitos de omisión.	981	490
1.	Delitos de omisión propia e impropia	981	490
2.	La delimitación entre hacer y omitir	985	492
II.	El tipo de los delitos de omisión impropia	994	496
1.	La producción del resultado típico	995	496
2.	La omisión de la acción exigida y posible	996	497
3.	La causalidad de la omisión y la imputación objetiva del resultado	999	498
4.	Fundamentos del deber de garante	1004	501
5.	Las posiciones de garante	1007	502
6.	La equivalencia de hacer y omitir	1028	516
7.	El dolo de la omisión	1030	517
8.	La intervención en la omisión y por medio de una omisión	1032	518
III.	Antijuridicidad y colisión de deberes justificante	1035	520
IV.	La reprochabilidad de la omisión contraria al deber	1038	522
1.	El error respecto al deber de garantía	1038	522
2.	La exigibilidad del comportamiento conforme a derecho	1040	523
3.	La *omissio libera in causa*	1041	523
V.	La tentativa en las omisiones dolosas	1042	524
1.	La delimitación entre actos preparatorios y tentativa	1043	525
2.	El desistimiento de la tentativa de la omisión	1045	526
VI.	El tipo de los delitos de omisión propios	1050	529

Parte V
La teoría del concurso

§ 20	**Unidad y pluralidad de delitos**	1054	533
I.	Los fundamentos de la teoría del concurso	1055	533
II.	Unidad de acción y pluralidad de acciones	1061	535
1.	La acción en sentido natural	1062	536
2.	La acción en sentido jurídico	1063	537
III.	Unidad de hecho	1083	545
1.	Formas de manifestación	1083	545
2.	Consecuencias jurídicas de la unidad de hecho	1091	548
IV.	Pluralidad de hechos	1092	549
1.	Requisitos	1092	549

2. Consecuencias jurídicas de la pluralidad de hechos	1094	549
V. La unidad de ley	1096	550
1. Especialidad	1097	551
2. Subsidiariedad	1101	552
3. Consunción	1103	553
4. Consecuencias jurídicas de la unidad de ley	1106	555
VI. El hecho anterior copenado y el hecho posterior copenado	1107	556
1. Hecho anterior copenado	1108	556
2. Hecho posterior copenado	1110	557
VII. Indicaciones para la solución de casos	1113	558
VIII. Formulación del fallo de la condena	1114	558
§ 21 *In dubio pro reo*, subsunción alternativa, post y prependencia	1116	560
I. La problemática	1117	560
II. *In dubio pro reo*	1118	561
1. Principio	1118	561
2. Excepciones legales al principio	1119	561
3. Cuestiones jurídicas	1121	562
III. Subsunción alternativa	1122	562
1. Fundamentos	1122	562
2. Requisitos de la subsunción alternativa propia	1128	564
3. Subsunción alternativa impropia	1134	567
IV. Pospendencia y prependencia	1135	568
1. Consecuencias de la subsunción alternativa	1137	569

Abreviaturas

Abl	Amtsblatt (der EG) [Diario Oficial (de las Comunidades Europeas)]
acert.	acertadamente
Ad legendum	Ad legendum (revista)
AE	Alternativentwurf (Proyecto Alternativo)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)
AG	Amtsgericht (Tribunal de Primera Instancia)
AK-	Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch (redactor)
AktG	Aktiengesetz
AnwBl	Anwaltsblatt
Alt.	Alternativa
AO	Abgabenordnung (Ordenanza Tributaria)
art.	artículo
arr.	arriba
AT	Allgemeiner Teil (Parte General)
AtomG	Atomgesetz (Ley alemana sobre energía atómica)
BA	Blutalkohol (revista)
BAK	Blutalkoholkonzentration (concentración de alcohol en la sangre)
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Tribunal Supremo de Baviera)
BayObLGSt	Entscheidungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo de Baviera en materia penal)
BB	Der Betriebs-Berater (página web)
BBG	Bundesbeamtengesetz (Ley de Funcionarios Federales)

BeamtStG	Beamtenstatusgesetz (Ley sobre la Condición de Funcionarios)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Código Civil)
BGBl	Bundesgesetzblatt (Teil, Seite) [(Boletín Oficial Federal) (sección, página)]
BGH	Bundesgerichtshof (Corte Suprema alemana)
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (Sentencias de la Corte Suprema alemana en materia penal)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Sentencias de la Corte Suprema alemana en materia civil)
BK	Beck'scher Kommentar, Strafgesetzbuch
BRD	Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania)
BSG	Bundessozialgericht (Tribunal Social Federal)
BT	Besonderer Teil (Parte Especial)
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache (Legislaturperiode, Nummer) [Boletín del Parlamento Federal (período de legislatura, número)]
BtMG	Betäubungsmittelgesetz (Ley sobre el Tráfico de Estupefacientes)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional Federal)
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (Decisiones del Tribunal Constitucional Federal)
cap.	capítulo
cfr.	confróntese
cit.	citado
crít.	críticamente
crit. dom.	criterio dominante
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift (revista)
DAR	Deutsches Autorecht (revista)
DDR	Deutsche Demokratische Republik (República Democrática Alemana)
denom.	denominado
detall.	detallado
dif.	diferenciadamente/diferente
DIN	Deutsches Institut für Normung

Diss.	Dissertation (tesis de doctorado)
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift (revista)
doc. dom.	doctrina dominante
DRiZ	Deutsche Richterzeitung (revista)
DStR	Deutsches Steuerrecht (revista)
E 1962	Entwurf eines Strafgesetzbuches (BT-Drucks. IV/650), 1962 (Proyecto de Código Penal)
ed.	edición
edit.	editor
EG	Europäische Gemeinschaft(en); Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft (Comunidad Europea)
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (Ley de Introducción del Código Civil)
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte (Tribunal Europeo de Derechos Humanos)
EGStGB	Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (Ley de Introducción del Código Penal)
Einl.	Einleitung (introd.)
EMRK	Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten del 4.11.1950 (BGBl 1952 II S. 686) [Convención Europea de Derechos Humanos]
espec.	especialmente
etc	etcétera
EU	Europäische Union (Unión Europea)
EuCLR	European Criminal Law Review (revista)
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas)
EUV	Vertrag über die Europäische Union (Tratado constitutivo de la Unión Europea)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (revista)
event.	eventualmente
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsstrafrecht (revista)
s./ss.	siguiente/siguientes

FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (revista)
FG	Freundesgabe
FPPK	Forensische Psychiatrie, Psychologie, Kriminologie (revista)
FPR	Familie, Partnerschaft, Recht (revista)
fr.	frase
FS	Festschrift (Libro Homenaje)
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht (revista)
GASP	Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik (revista)
GBA	Generalbundesanwalt (Fiscal general federal)
GenStA	Generalstaatsanwaltschaft (Ministerio Público)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Ley Fundamental de la República Federal Alemana)
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Ley alemana de Sociedades de Responsabilidad Limitada)
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea)
GrS	Großer Senat für Strafsachen (Sala Plena para asuntos penales)
GS	Gedächtnisschrift, Gedenkschrift (escrito en memoria)
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz (Ley de Organización de los Tribunales)
HK-GS	Handkommentar, Gesamtes Strafrecht
HRRS	Höchstrichterliche Rechtsprechung Strafrecht. Recuperado de <www.hrr-strafrecht.de>.
ICC	International Criminal Court (Internationaler Strafgerichtshof) (Corte Penal Internacional, citado también como CPI)
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (Internationaler Strafgerichtshof für das ehemalige Jugoslawien) (Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia, TPIY)
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda (Internationaler Strafgerichtshof für Ruanda)(Tribunal Penal Internacional para Ruanda, TPIR)
IGH	Internationaler Gerichtshof in Den Haag (Corte Internacional de La Haya)
incl.	inclusive

ingl.	inglés
IntVG	Integrationsverantwortungsgesetz
IPbürgR	Internationaler Pakt für bürgerliche und politische Rechte de 19.12.1966 (BGBl 1973 II, p. 1534)(Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)
IStGH	Internationaler Strafgerichtshof in Den Haag (Corte Penal Internacional, con sede en La Haya)
IStGHG	Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem Internationalen Strafgerichtshof (Ley de Cooperación con el Tribunal Penal Internacional)
JA	Juristische Arbeitsblätter (revista)
JAmt	Jugendamt
JA-R	JA-Rechtsprechungs-Report (revista)
JBÖNF	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Neue Folge
JbRE	Jahrbuch für Recht und Ethik
JGG	Jugendgerichtsgesetz
JICJ	Journal of International Criminal Justice (revista)
JK	Jura-Karteikarten
JR	Juristische Rundschau (revista)
Jura	Juristische Ausbildung (revista)
jurisp.	jurisprudencia
JuS	Juristische Schulung (revista)
JZ	Juristenzeitung (revista)
KastrG	Gesetz über die freiwillige Kastration (Ley de la castración voluntaria)
Kfz	Kraftfahrzeug (automóvil)
KG	Kammergericht (Tribunal de Cámara)
kg.	kilogramo
KJ	Kritische Justiz (revista)
KritV	Kritische Viertel-Jahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (revista)
km/h	kilometros por hora

KOM	Veröffentlichungen der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, geordnet nach Jahrgang und Seite (Publicaciones de la Comisión de las Comunidades Europeas, ordenadas por año y página)
L	Lernbogen der Juristischen Schulung (JuS) (revista)
lat.	(del, en) latín
Lb	Lehrbuch (manual, tratado)
LdR-	Lexikon des Rechts (Bearbeiter)
LG	Landgericht (Tribunal del Land)
lit.	Literatura
LK-	Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch (redactor)
Lkw	Lastkraftwagen (vehículo pesado)
LPartG	Lebenspartnerschaftsgesetz (BGBl 2001 I, p. 266)
LPK	Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar
LR-	Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung (redactor)
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (revista, banco de datos)
MDR/D [H]	Rechtsprechung des BGH in MDR bei Dallinger [Holtz] (jurisprudencia del BGH)
MedR	Medizinrecht (revista)
mill.	millón/millones
MK-	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch (redactor)
MMR	MultiMedia und Recht
n.	nota al pie
n.m.	número(s) marginal(es)
n.v	nueva versión
NJ	Neue Justiz (revista)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (revista)
NK-	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch (redactor)
núm.	número
NstE	Neue Entscheidungssammlung für Strafrecht (Nueva colección de Sentencias del Derecho Penal)
NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht (revista)

NStZ-RR	NStZ-Rechtsprechungs-Report (revista)
NZWiSt	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (revista)
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht (revista)
obs.	observación/observaciones
öStGB	Österreichisches Strafgesetzbuch (Código Penal austríaco)
OGHSt	Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes für die Britische Zone in Strafsachen (Decisiones en asuntos penales de la Corte Suprema para la zona británica)
OLG	Oberlandesgericht (Tribunal Superior de un Land)
OLGSt	Entscheidungen der Oberlandesgerichte zum Straf-und Strafverfahrensrecht (zit. nach Paragraphen und Seite)(Sentencias de los Tribunales Superiores de los Länder en Derecho penal y Derecho procesal penal)(cit. por párr. y pág.)
op.dom.	opinión dominante
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley sobre Contravenciones)
párr.	párrafo(s)
p.ej.	por ejemplo
PJZS	Polizeiliche und Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen in der EU (Cooperación policial y judicial en asuntos penales en la Unión Europea)
RdJ	Recht der Jugend und des Bildungswesens, Zeitschrift (revista)
resp.	respecto a
result.	resultado
RG	Reichsgericht (Tribunal Supremo del Reich)
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (Sentencias del Tribunal Supremo del Reich en asuntos penales)
Rs	Rechtssache (asunto)
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift) (revista)
SchwZStr	Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht (revista)
s./ss.	siguiente/siguientes
SDÜ	Schengener Durchführungsübereinkommen (BGBl 1993 II p. 1013)(Convenio de Schengen)

SED	Sozialistische Einheitspartei Deutschlands (Partido Socialista Unificado de Alemania)
SeemannsG	Seemannsgesetz (Ley del marinero)
sim.	similar
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (revista)
SK-	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch (redactor)
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH (Colección de jurisprudencia del Tribunal de Justicia Europeo)
SoldG	Gesetz über die Rechtsstellung der Soldaten (Ley sobre el Estatuto Jurídico del Soldado)
S/S-	Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch (redactor)
S/S/W-StGB	Satzger/Schluckebier/Widmaier, Strafgesetzbuch (redactor)
StGB	Strafgesetzbuch (Código Penal)
St-K	Studienkommentar
StPO	Strafprozessordnung (Ordenanza Procesal Penal)
StraFo	Strafverteidiger-Forum
StrÄndG	Gesetz zur Änderung des Strafrechts (Ley de Modificación del Derecho penal)
StRR	Strafrechtsreport (revista)
StrRG	Gesetz zur Reform des Strafrechts (Ley de Reforma del Derecho penal)
StudZR	Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg (revista)
StV	Strafverteidiger (revista)
StVG	Straßenverkehrsgesetz (Ley del Tráfico Viario)
StVO	Straßenverkehrsordnung (Ordenanza del Tráfico Viario)
StVollzG	Strafvollzugsgesetz (Ley Penitenciaria)
subj.	subjetivo/a
SVN	Satzung der Vereinten Nationen (Carta de las Naciones Unidas)
t.	tomo
TMG	Telemediengesetz (Ley de Telecomunicaciones)
TPG	Transplantationsgesetz (Ley de Transplante de órganos)

Uabs	Unterabsatz (subpárrafo)
v.	véase
v.a	versión antigua
var.	variante
VN	Vereinte Nationen (Naciones Unidas)
VRS	Verkehrsrechts-Sammlung (Band, Seite); revista (tomo, pág.)
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Código Penal Internacional alemán)
WaffG	Waffengesetz (Ley de armas)
wistra	Zeitschrift für Wirtschafts- und Steuerstrafrecht (revista)
WStG	Wehrstrafgesetz (Ley penal militar)
ZDG	Zivildienstgesetz (Ley del servicio civil)
ZfJ	Zentralblatt für Jugendrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (revista)
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (revista electrónica)
ZJJ	Zeitschrift für Jugendkriminalrecht und Jugendhilfe (revista)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium (revista online)
ZPO	Zivilprozessordnung (Ordenanza Procesal Civil)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (revista)
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft (revista) En tanto no exista otra indicación, los §§ corresponden al StGB.

Índice bibliográfico

Achenbach/Ransiek/Rönnau (ed.)	Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4.ª ed., citado por Achenbach/Ransiek/Rönnau-*autor* (2015).
AG Medizinrecht im DAV/IMR (ed.)	Brennpunkte des Arztstrafrechts, citado por *autor*, AG Medizinrecht (2012).
Ahlbrecht/Böhm/Esser/Hugger/Kirsch/Rosenthal (ed.)	Internationales Strafrecht in der Praxis, citado por Ahlbrecht et al-*autor*, (2008).
AK-StGB	Alternativkommentar zum Strafgesetzbuch, Band 1, herausgegeben von *Wassermann*, citado por AK-*autor* (1990).
Albrecht	Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen (1998).
Ambos	Internationales Strafrecht, 4.ª ed.(2014).
Ambos (ed.)	Europäisches Strafrecht post-Lissabon, citado por *autor*, en Ambos (2011).
Amelung	Irrtum und Täuschung als Grundlage von Willensmängeln bei der Einwilligung des Verletzten (1998).
Amelung (ed.)	Individuelle Verantwortung und Beteiligungsverhältnisse bei Straftaten in bürokratischen Organisationen des Staates, der Wirtschaft und der Gesellschaft, citado por Amelung-*autor* (2000).
AnwK-StGB	Anwaltkommentar StGB, 2.ª ed. herausgegeben von Leipold/Tsambikakis/Zöller, citado por AnwK-StGB-*autor* (2015).
Artkämper/Esders/Jakobs/Sotelsek	Praxiswissen Strafverfahren bei Tötungsdelikten, citado por *Artkämper* et al (2012).
Arzt	Willensmängel bei der Einwilligung, citado por Willensmängel (1970); Die Strafrechtsklausur, 7.ª ed. (2006).
Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf	Strafrecht, Besonderer Teil, 3.ª ed., citado por *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf* (2015).

Baumann/Weber/Mitsch	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 11.ª ed. (2003).
BK	Strafgesetzbuch Kommentar, *v. Heintschel-Heinegg* (ed.), Edition 26, estado: 8.2.2015, citado por BK-*autor* (2015).
BK Kommunikation	Beck'scher Online Kommentar Informations- und Medienrecht, *Gersdorf/Paal* (ed.), 11.ª ed., estado: 1.2.2016, citado por BK *Kommunikation-autor* (2016).
Berz	Formelle Tatbestandsverwirklichung und materieller Rechtsgüterschutz (1986).
Beulke	Klausurenkurs im Strafrecht I, 7. Aufl., citado por Klausurenkurs (2016) I); Klausurenkurs im Strafrecht I, 6.ª ed., citado por Klausurenkurs I (2013); Klausurenkurs im Strafrecht II, 3.ª ed., citado por Klausurenkurs II (2014); Klausurenkurs im Strafrecht III, 4.ª ed., citado por Klausurenkurs III (2013); Strafprozessrecht, 13.ª ed., citado por StPO (2016).
Beulke/Lüderssen/Popp/Wittig (ed.)	Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts, citado por *autor*, en Beulke et al, Dilemma (2009).
Blei	Strafrecht I, Allgemeiner Teil, 18.ª ed., citado por AT (1983).
Bloy	Die Beteiligungsform als Zurechnungstypus im Strafrecht (1985).
Bockelmann/Volk	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.ª ed. (1987).
Böse (ed.)	Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit, citado por *autor*, en Böse (2013).
Borchardt	Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5.ª ed. (2012).
Braun	Einführung in die Rechtswissenschaft, 4.ª ed. (2011).
Bülte	Vorgesetztenverantwortlichkeit im Strafrecht (2015).
Bung	Wissen und Wollen im Strafrecht. Zur Theorie und Dogmatik des subjektiven Tatbestands (2009).
Burgstaller	Das Fahrlässigkeitsdelikt im Strafrecht (1974).
Bussmann	Verbot familialer Gewalt gegen Kinder (2000).
Coester-Waltjen et al (ed.)	Examensklausurenkurs, citado por Coester-Waltjen-I-*autor* (2000); Examensklausurenkurs, 2.ª ed., citado por Coester-Waltjen-II-*autor* (2004).; Examensklausurenkurs, 3.ª ed., citado por Coester-Waltjen-III-autor, Examensklausurenkurs, 4.ª ed., citado por Coester-Waltjen-IV-*autor* (2008).

Coester-Waltjen et al	Zwischenprüfung, citado por Coester-Waltjen-*autor*, Zwischenprüfung (2004).
Dedere1/Schweitzer	Staatsrecht III, 11. Aufl. (2016).
Dencker	Kausalität und Gesamttat (1996).
Detlefsen	Grenzen der Freiheit–Bedingung des Handelns–Perspektiven des Schuldprinzips (2006).
Dölling/Duttge/Rössner (ed.)	Gesamtes Strafrecht, Handkommentar, 3.ª ed., citado por HK-GS-*autor* (2013).
Duttge	Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts von Fahrlässigkeitsdelikten (2001).
Ebert	Strafrecht Allgemeiner Teil, 3.ª ed., citado por AT (2001); Strafrecht Allgemeiner Teil, 16 Fälle mit Lösungen, citado por Fallbuch.
Eidam	Der Organisationsgedanke im Strafrecht, citado por Organisationsgedanke (2015).
Eisele	Strafrecht–Besonderer Teil I, 3.ª ed.,citado por BT I (2014); Strafrecht–Besonderer Teil II, 3.ª ed., citado por BT II (2015).
Engländer	Grund und Grenzen der Nothilfe, citado por Nothilfe (2008).
Engländer/Fahl/Satzger/ Swoboda (ed.)	Strafverteidigung–Grundlagen und Stolpersteine, 2012 (citado por *autor*, en Engländer et al, Strafverteidigung)
Eser/Burkhardt	Strafrecht I, II, Juristischer Studienkurs, 4.ª ed. (1992).
Fahl/Winkler	Definitionen und Schemata zum Strafrecht, 6.ª ed., citado por Definitionen (2015).
Fischer	Strafgesetzbuch, 63.ª ed., citado por *Fischer* (2015).
Frank	Strafgesetzbuch, 18.ª ed. (1931).
Freund	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., citado por AT (2009).
Frisch	Vorsatz und Risiko, citado por Vorsatz (1983); Tatbestandsmäßiges Verhalten und Zurechnung des Erfolgs, citado por Zurechnung (1988); Der Irrtum als Unrechts- und/oder Schuldausschluss, en Eser/Perron (ed.), Rechtfertigung und Entschuldigung III, citado por Irrtum, p. 217 (1991).
Frister	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.ª ed., citado por AT (2015).
Fuchs	Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 8.ª ed., citado por AT I (2012).

Gössel	Strafrecht, Fälle und Lösungen, 8.ª ed. (2001)
Gössel/Dölling	Strafrecht, Besonderer Teil 1, 2.ª ed., citado por BT/1 (2004).
Graf/Jäger/Wittig (ed.)	Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, Kommentar, citado por G/J/W-*autor* (2011).
Gropp	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 4.ª ed., citado por AT (2015).
Grünewald	Das vorsätzliche Tötungsdelikt (2010).
Haft	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 9.ª ed. (2004).
Hardtung	Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB (2002).
Hardtung/Putzke	Examinatorium Strafrecht AT, citado por AT (2016).
Hauf	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed. (2001).
Hecker	Europäisches Strafrecht, 5.ª ed. (2015).
Hefendehl	Kollektive Rechtsgüter im Strafrecht (2002).
Hefendehl (ed.)	Empirische und dogmatische Fundamente, kriminalpolitischer Impetus, Symposium für Bernd Schünemann zum 60. Geburtstag, citado por Hefendehl, Schünemann-Symposium (2005).
Heghmanns	Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, 2000; Strafrecht für alle Semester, Besonderer Teil, Grund- und Examenswissen kritisch vertieft, citado por BT (2009).
Heinrich, Bernd	Strafrecht–Allgemeiner Teil, 4.ª ed. (2014).
Heinrich, Manfred	Rechtsgutszugriff und Entscheidungsträgerschaft, (2002).
v. Heintschel-Heinegg	Prüfungstraining Strafrecht, Bd 1, citado por Prüfungstraining (1992).
Hellmann/Beckemper	Wirtschaftsstrafrecht, 4.ª ed., citado por Wirtschaftsstrafrecht (2013).
Herzberg	Täterschaft und Teilnahme (1977).
Hilgendorf (ed.)	Aktuelle Herausfordernngen des chinesischen und deutschen Strafrechts, citado por autor, en Hilgendorf, Herausfordernngen;
	Das Gesetzlichkeitsprinzip im Strafrecht. Ein deutsch-chinesischer Vergleich, citado por autor, en Hilgendorf, Gesetzlichkeitsprinzip (2013).

Hilgendorf	Fälle zum Strafrecht für Anfänger, Klausurenkurs I, 3.ª ed., citado por KK I (2015); Fälle zum Strafrecht für Fortgeschrittene, Klausurenkurs II, 2.ª ed., citado por KK II (2014); Fälle zum Strafrecht für Examenskandidaten, Klausurenkurs III, citado por KK III (2010).
Hilgendorf/Valerius	Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.ª ed., citado por AT (2015).
Hilgendorf/Weitzel (ed.)	Der Strafgedanke in seiner historischen Entwicklung, citado por Hilgendorf/Weitzel-*autor* (2007).
Hillenkamp	32 Probleme aus dem Strafrecht, Allg. Teil, 14.ª ed., citado por AT (2012).; 40 Probleme aus dem Strafrecht, Bes. Teil, 12.ª ed., citado por BT (2013).
Hillenkamp (ed.)	Neue Hirnforschung–neues Strafrecht?, citado por Hirnforschung (2006).
Hilpert/Schroth	Politik-Recht-Ethik, Vergewisserungen aus der Vergangenheit und Perspektiven für die Zukunft, citado por *Bearbeiter,* en Hilpert/Schroth (2011).
Hirsch/Seelmann/Wohlers (ed.)	Mediating Principles–Begrenzungsprinzipien bei der Strafbegründung, citado por *Autor*, en Hirsch/Seelmann/Wohlers (2006).
Hohmann/Sander	Strafrecht, Besonderer Teil I, 3.ª ed., citado por BT I (2011) y II, 2.ª ed., citado por BT II (2011).
Höland (ed.)	Wirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte im deutschen Recht, citado por *autor*, en Höland (2012).
Hörnle	Kriminalstrafe ohne Schuldvorwurf, citado por Kriminalstrafe (2013); Kultur, Religion, Strafrecht–Neue Herausforderungen in einer pluralistischen Gesellschaft, Gutachten C zum 70. Deutschen Juristentag, citado pof DJT-Gutachten (2014).
Holderegger/Sitter-Liver/Hess/Rager (ed.)	Hirnforschung und Menschenbild, citado por *autor*, en Holderegger et al (ed.), Hirnforschung (2007).
Hoffmann-Holland	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 3.ª ed., citado por AT (2015).
Hohmann/Sander	Strafrecht, Besonderer Teil 1, 3.ª ed., citado por BT I (2011). y II, 2.ª ed., citado por BT II (2011).
Hoyer	Strafrecht, Allgemeiner Teil I, citado por AT (1996).
Hruschka	Strafrecht nach logisch-analytischer Methode, 2.ª ed. (1988).
Ipsen	Völkerrecht, 6.ª ed. (2014)

Jäger	Examens-Repetitorium Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.ª ed., citado por AT (2015); Examens-Repetitorium Strafrecht, Besonderer Teil, 6.ª ed., citado por BT (2015); Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht, citado por Zurechnung (2006).
Jahn/Nack (ed.)	Rechtsprechung, Gesetzgebung, Lehre: Wer regelt das Strafrecht?, citado por Jahn/Nack-*Autor*, Seite (2010); Gegenwartsfragen des europäischen und deutschen Strafrechts, citado por Jahn/Nack II-*Autor*, Seite (2012).
Jakobs	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., citado por AT (1993); System der strafrechtlichen Zurechnung, citado por Zurechnung (2012).
Jescheck/Weigend	Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., citado por AT (1996)
Joecks	Studienkommentar StGB, 11.ª ed., citado por St-K (2014).
Kasiske	Strafrecht 1: Grundlagen und Allgemeiner Teil, 2.ª ed., citado por AT (2016).
Kaspar	Strafrecht–Allgemeiner Teil (2015)
Kaufmann, Armin	Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, citado por Unterlassungsdelikte (1959).
Kaufmann, Arthur	Schuld und Strafe, 2.ª ed., citado por Schuld (1983).
Kaufmann/Renzikowski (ed.)	Zurechnung als Operationalisierung von Verantwortung citado por Kaufmann/Renzikowski-*autor* (2004).
Kienapfel/Höpfel/Kert	Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 14.ª ed., citado por AT (2012).
Kindhäuser	Gefährdung als Straftat, citado por Gefährdung (1989); Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.ª ed., citado por AT (2015); Besonderer Teil I, 7.ª ed., citado por BT/I (2015) y II, 8.ª ed., citado por BT/II (2014); Strafgesetzbuch, Lehr-und Praxiskommentar, 6.ª ed., citado por LPK (2015).
Kindhäuser/Schumann/Lubig	Klausurtraining Strafrecht, 3.ª ed. (2016).
Klesczewski	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., citado por AT (2012); Strafrecht, Besonderer Teil, Teil 2, citado por BT/II, Seite (2011).
Köhler	Strafrecht, Allgemeiner Teil (1997).
Körner/Patzak/Volkmer	Betäubungsmittelgesetz, Arzneimittelgesetz, 8.ª ed., citado por Körner/*autor*, BtMG (2016).

Krey/Esser	Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6.ª ed., citado por AT (2016).
Krey/Hellmann/Heinrich	Strafrecht, Besonderer Teil, Band 1, 16.ª ed., citado por BT/1 (2015).
Krey/Hellmann/Heinrich	Strafrecht, Besonderer Teil, Band 2, 17.ª ed., citado por BT/2 (2015).
Kudlich	Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004; Prüfe dein Wissen, Rechtsfälle in Frage und Antwort, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.ª ed., citado por PdW (2013); Fälle zum Strafrecht Allgemeiner Teil, 2.ª ed., citado por Fälle, (2014).
Kühl	Strafrecht, Allgemeiner Teil, 7.ª ed., citado por AT (2012); Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Besonderen Teil des Strafrechts, citado por HRR (2002).
Kühl/Reichold/Ronellenfitsch	Einführung in die Rechtswissenschaft, 2.ª ed., citado por *Kühl et al*, Einführung § n. m. (2015).
Küper	Versuchsbeginn und Mittäterschaft, citado por Versuchsbeginn (2016); Grund-und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision, citado por Pflichtenkollision (1979); Der „verschuldete" rechtfertigende Notstand, citado por Notstand (1983); Darf sich der Staat erpressen lassen? Zur Problematik des rechtfertigenden Nötigungsnotstandes, citado por Nötigungsnotstand (1986).
Küper/Zopfs	Strafrecht, Eesonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 9.ª ed., citado por Definitionen (2015).
Küpper	Grenzen der normativierenden Strafrechtsdogmatik (1990).
Kuhlen	Die Unterscheidung von vorsatzausschließendem und nichtvorsatzausschließendem Irrtum, citado por Irrtum (1987); Die verfassungskonforme Auslegung von Strafgesetzen, citado por Auslegung (2006)
Kuhlen/Kudlich/Ortiz de Urbina (ed..)	Compliance und Strafrecht, citado por *autor*, en Kuhlen et al, Compliance (2013)
Lackner/Kühl	Strafgesetzbuch, 28.ª ed. (2014).
Lagodny	Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte, citado por Grundrechte (1996).
Lampe/Pauen/Roth (ed.)	Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, citado por Lampe et al-*autor* (2008).

Leipziger Kommentar	Strafgesetzbuch, 10.ª ed. 1978 ss.; 11.ª ed. 1992 ss.; 1 ed., citado por LK-*autor* (2006).
Lesch	Der Verbrechensbegriff (1999).
Lexikon des Rechts	Ergänzbares Lexikon des Rechts, Loseblatt, ed. Winkler, Reifferscheid, ss., citado por LdR-*autor* (19
Löwe/Rosenberg	Die Strafprozessordnung und Gerichtsverfassungsgesetz mit Nebengesetzen, ed. Erb, Esser, Franke, Graalmann-Scheerer, Hilger, Ig 26.ª ed. 2006 citado por LR-*autor* (2006).
Malek/Popp	Strafsachen im Internet, 2.ª ed. (2015).
Marxen	Kompaktkurs Strafrecht Allgemeiner Teil citado por (2003).
Matt	Strafrecht, Allgemeiner Teil I (1996).
Matt/Renzikowski (ed.)	Strafgesetzbuch, citado por Matt/Renzikowski-*a* (2013).
Maurach/Zipf	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1, 8.ª ed., cit por AT/1 (1992).
Maurach/Gössel/Zipf	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2, 8.ª ed., cit por AT/2 (2014).
Maurach/Schroeder/Maiwald	Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1, 10.ª ed., cit por BT/1 (2009); Strafrecht, Besonderer Teil, Teilb 2, 10.ª ed., citado por BT/2 (2012).
Meier	Strafrechtliche Sanktionen, 3.ª ed. (2009)
Meurer	Grundkurs Strafrecht II, Allgemeiner Teil, 4.ª ed. (19
Meyer (ed.)	Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ed., citado por *autor*, en Meyer (ed.), Charta (2014).
Meyer-Goßner/Schmitt	Strafprozessordnung, 59.ª ed., citado por *Meyer-Goß Schmitt* (2016).
Meyer-Ladewig	EMRK, Europäische Menschenrechtskonvention, 3.ª (2011).
Mezger	Strafrecht, 3.ª ed., citado por Lb (1949).
Mitsch	Strafrecht, Besonderer Teil 2, Teilband 1, 3.ª ed., cit por BT 2/1 (2015); Strafrecht, Besonderer Teil Teilband 2, citado por BT 2/2 (2001); Rechtfertig und Opferverhalten, citado por Rechtfertigung (200
MK-StGB	Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2.ª ss., citado por MK-*autor* (2011).
Magnus	Patientenautonomie im Strafrecht, citado Patientenautonomie (2015).

Momsen	Die Zumutbarkeit als Begrenzung strafrechtlicher Pflichten, citado por Zumutbarkeit (2006).
Murmann	Grundkurs Strafrecht, 3.ª ed., citado por Grundkurs (2015); Versuchsunrecht und Rücktritt, citado por Versuchsunrecht (1999).
Naucke	Strafrecht (Einführung), 10.ª ed. (2002).
Neubacher	Kriminologische Grundlagen einer internationalen Strafgerichtsbarkeit, (2005).
NK-StGB	Nomos-Kommentar zum Strafgesetzbuch, Gesamtredaktion *Kindhäuser, Neumann* und *Paeffgen*, 4.ª ed., citado por NK-*autor* (2013).
Otto	Grundkurs Strafrecht, Allgemeine Strafrechtslehre, 7.ª ed., citado por Grundkurs AT (2004).
Paeffgen	Der Verrat in irriger Annahme eines illegalen Geheimnisses (§ 97b StGB) und die allgemeine Irrtumslehre, citado por Irrtumslehre (1979).
Pawlik	Der rechtfertigende Notstand, citado por Notstand (2002); Person, Subjekt, Bürger–Zur Legitimation von Strafe, citado por Legitimation von Strafe (2004).
Peters/Altwicker	Europäische Menschenrechtskonvention, 2.ª ed. (2012).
Pösl	Das Verbot der Folter in Art. 3 EMRK–Grundlegung und Fortwirkung auf dem Gebiet des Strafrechts, citado por Verbot der Folter (2015).
Puppe	Die Erfolgszurechnung im Strafrecht, citado por Erfolgszurechnung (2000); Strafrecht Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsprechung, 2.ª ed., citado por AT (2011).
Rath	Das subjektive Rechtfertigungselement (2002).
Rengier	Erfolgsqualifizierte Delikte und verwandte Erscheinungsformen, citado por Erfolgsqualifizierte Delikte (1986); Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., citado por AT (2013); Strafrecht, Besonderer Teil I, 17.ª ed., citado por BT I (2016); Besonderer Teil II, 16.ª ed., citado por BT II (2016).
Renzikowski	Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung, citado por Täterbegriff (1997).
Rönnau	Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht (2001).
Rotsch	Strafrechtliche Klausurenlehre, citado por Klausurenlehre (2013).

Roxin	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band 1, Grundlagen, Aufbau der Verbrechenslehre, 4.ª ed., citado por AT I (2006); Band 2, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, citado por AT II (2003); Täterschaft und Tatherrschaft, 9.ª ed., citado por Täterschaft (2015).
Roxin/Arzt/Tiedemann	Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, 6.ª ed. (2014).
Roxin/Schroth (ed.)	Handbuch des Medizinstrafrechts, 4.ª ed., citado por Roxin/Schroth-*autor* (2010).
Rudolphi	Fälle zum Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5.ª ed., citado por Fälle (2000).
Safferling	Vorsatz und Schuld, 2008; Internationales Strafrecht (2011).
Samson	Strafrecht I, 7.ª ed. (1988).
Satzger	Die Europäisierung des Strafrechts (2001); Internationales und Europäisches Strafrecht, 7.ª ed., citado por International (2015); International and European Criminal Law (2012).
Satzger/Schluckebier/ Widmaier (ed.)	StGB–Strafgesetzbuch, 3.ª ed., citado por S/S/W-StGB-*autor* (2016).
Schild	Sportstrafrecht (2002).
Schlehofer	Vorsatz und Tatabweichung, citado por Vorsatz (1996).
Schlüchter	Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale im Strafrecht, citado por Irrtum (1983).
Schmidhäuser	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Studienbuch, 2.ª ed., citado por AT (1984).
Schmidt, Rolf	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Grundlagen der Strafbarkeit, Methodik der Fallbearbeitung, 14.ª ed., citado por AT (2015).
Schomburg/Lagodny/Gleß/ Hackner	Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5.ª ed. (2012).
Schönke-Schröder	Strafgesetzbuch, 29.ª ed., continuado por *Eser, Perron, Sternberg-Lieben, Eisele, Hecker, Kinzig, Bosch, Schuster* y *Weißer*, citado por S/S-*autor* (2014).
Schramm	Ehe und Familie im Strafrecht (2011).
Schroth	Vorsatz und Irrtum (1998).
Schumann, Eva (ed.)	Das strafende Gesetz im sozialen Rechtsstaat, citado por *autor*, en Schumann (ed.), Gesetz (2010).

Schumann, Heribert	Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen, citado por Handlungsunrecht (1986).
Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg (ed.)	Europäisches Strafrecht, 2.ª ed., citado por *autor*, en Sieber et al (2014).
Sinn/Gropp/Nagy (ed.)	Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, citado por *autor*, en Sinn/Gropp/Nagy, Vorverlagerung (2011).
SK-StGB	Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch: SK-StGB, Allgemeiner Teil (AT) und Besonderer Teil (BT), Grundwerk mit 140. Ergänzungslieferung, von *Rudolphi, Horn, Samson*, estado: Dezember, citado por SK-*autor* (2013)
Steinberg/Valerius/Popp (ed.)	Das Wirtschaftsstrafrecht des StGB, citado por Steinberg-*autor* (2011).
Sternberg-Lieben	Die objektiven Schranken der Einwilligung im Strafrecht (1997).
Stratenwerth/Kuhlen	Strafrecht, Allgemeiner Teil, Die Straftat, 6.ª ed., citado por AT (2011).
Streinz	Europarecht, 10.ª ed. (2016).
Streinz (ed.)	EUV/AEUV, 2.ª ed., citado por *autor*, en Streinz EUV/AEUV (2012).
Streng	Strafrechtliche Sanktionen, 3.ª ed. (2012).
Tag	Der Körperverletzungstatbestand im Spannungsfeld zwischen Patientenautonomie und Lex artis (2000).
Tiedemann	Die Anfängerübung im Strafrecht, 4.ª ed. (1999); Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil, 4.ª ed., citado por AT (2014); Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 3.ª ed., citado por BT (2011).
Tofahrn	Strafrecht Allgemeiner Teil I, 3.ª ed., citado por AT I (2013) y II, 3.ª ed., citado por AT II (2013).
Triffterer (ed.)	Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2.ª ed., citado por AT (1994).
Tsambikakis (ed.)	Freiheit, Gesetz und Toleranz. Symposium zum 75. Geburtstag von prof. Dr. Karl Heinz Kunert, citado por *autor*, en Tsambikakis, Kunert-Symposium (2006).
Ulsenheimer	Arztstrafrecht in der Praxis, 5.ª ed., citado por Arztstrafrecht (2014); Grundfragen des Rücktritts vom Versuch, citado por Rücktritt (1976).

Uwer (ed.)	Bitte bewahren Sie Ruhe, Leben im Feindstrafrecht, citado por Feindstrafrecht (2006).
Valerius	Einführung in den Gutachtenstil, 3.ª ed. (2009); Kultur und Strafrecht, Die Berücksichtigung kultureller Wertvorstellungen in der deutschen Strafrechtsdogmatik, citado por Kultur (2011).
Venzlaff/Foerster	Psychiatrische Begutachtung, ed. por Klaus Foerster y Harald Dreßing, 6.ª ed. (2015)
Vogel	Juristische Methodik, (1998).
Walter	Der Kern des Strafrechts, citado por *T. Walter* (2006).
Welzel	Das deutsche Strafrecht, 11.ª ed., citado por Lb (1969).
Werle	Völkerstrafrecht, 3.ª ed., citado por Völkerstrafrecht (2012).
Wessels/Hettinger	Strafrecht, Besonderer Teil/1, 40.ª ed., citado por BT/1 (2016).
Wessels/Hillenkamp	Strafrecht, Besonderer Teil/2, 39.ª ed., citado por BT/2 (2016).
Wohlers	Deliktstypen des Präventionsstrafrechts–zur Dogmatik „moderner" Gefährdungsdelikte (2000).
Wolter	Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem, citado por Zurechnung (1981); Objektive Zurechnung und modernes Strafrechtssystem, en Internationale Dogmatik der objektiven Zurechnung und der Unterlassungsdelikte, citado por Strafrechtssystem, p. 3 (1995).
Wolters	Fälle mit Lösungen für Fortgeschrittene im Strafrecht, 2.ª ed., citado por *Wolters* (2006).
Zieschang	Strafrecht Allgemeiner Teil, 4.ª ed., citado por AT (2014).
Zimmermann, Frank	Strafgewaltkonflikte in der Europiischen Union, citado por Strafgewaltkonflikte (2013).
Zimmermann, Till	Rettungstötungen (2009).

Libros homenaje

En el texto son citadas las contribuciones a los siguientes libros homenaje:

Hans Achenbach	Heidelberg (2011).
Nikolaos Androulakis	Athen (2003).
Arbeitsgemeinschaft Strafrecht	Strafverteidigung im Rechtsstaat, 25 Jahre Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins, Baden-Baden, citado por AG Strafrecht (2009).
Knut Amelung	Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts, Berlin (2009).
Jürgen Baumann	Bielefeld (1992).
Anna Benakis	Strafrechtswissenschaften. Theorie und Praxis, Athen (2008).
Werner Beulke	Heidelberg (2015).
BGH-Prax	FS aus Anlass des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Köln, Berlin, Bonn, München (2000).
BGH-Wiss	50 Jahre Bundesgerichtshof–Festgabe aus der Wissenschaft Bd IV (2000).
Günter Blau	Berlin, New York (1985).
Dieter Blumenwitz	Iustitia et Pax, Gedächtnisschrift für Dieter Blumenwitz, Berlin (2008).
Paul Bockelmann	München (1979).
Reinhard Böttcher	Recht gestalten–dem Recht dienen, Berlin (2007).
Gerd Brudermüller	Familie–Recht–Ethik, München (2014).
Manfred Burgstaller	Wien, Graz (2004).
Friedrich Dencker	Tübingen (2012).
Jörn Eckert	Baden-Baden (2008).
Ulrich Eisenberg	München (2009).
Karl Engisch	Frankfurt a.M. (1969).
Albin Eser	München (2005).
Hanns Feigen	Strafverteidigung im Wirtschaftsleben, Köln (2014).

Gerfried Fischer	Jurisprudenz zwischen Medizin und Kultur, Frankfurt a.M., (2010).
Wolfgang Frisch	Grundlagen und Dogmatik des gesamten Strafrechtssystems, Berlin (2013).
Helmut Fuchs	Wien (2014).
Wilhelm Gallas	Berlin, New York (1973).
Gerd Geilen	Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen, Vorträge anlässlich des Symposions zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen, citado por Geilen-Symp. (2002).
Klaus Geppert	Berlin, New York (2011).
Karl Heinz Gössel	Heidelberg (2002).
Gerald Grünwald	Baden-Baden (1999).
Ernst-Walter Hanack	Berlin, New York (1999).
Winfried Hassemer	Heidelberg, München (2010).
Bemd v. Heintschef-Heinegg	München, (2015).
Wolfgang Heinz	Baden-Baden, (2012).
Rolf Dietrich Herzberg	Tübingen (2008).
Hans Joachim Hirsch	Berlin, New York (1999).
Alexander Hollerbach	Verfassung–Philosophie–Kirche, Berlin (2001).
Richard M. Honig	Göttingen (1970).
Joachim Hruschka	Philosophica Practica Universalis, Berlin (2005).
Renate Jäger	Grundrechte und Solidarität, Durchsetzung und Verfahren, Kehl am Rhein (2011).
Günther Jakobs	Berlin (2007).
Hans-H. Jescheck	Berlin (1985).
Heike Jung	Baden-Baden (2007).
Armin Kaufmann	Gedächtnisschrift, Köln, Berlin, Bonn, München (1989).
Arthur Kaufmann	Strafgerechtigkeit, Heidelberg (1993).
Rolf Keller	Gedächtnisschrift, Tübingen (2003).
Paul Kirchhof	Leitgedanken des Rechts, Heidelberg (2013).
Theodor Kleinknecht	Strafverfahren im Rechtsstaat, München (1985).
Ulrich Klug	Köln (1983).
Günter Kohlmann	Köln (2003).
Eduard Kohlrausch	Probleme der Strafrechtserneuerung, Berlin (1944).
Friedrich-W. Krause	Recht und Kriminalität, Köln, Berlin, Bonn, München (1990).
Volker Krey	Stuttgart (2010).

Kristian Kühl	München (2014).
Hans-Heiner Kühne	Heidelberg (2013).
Wilfried Küper	Heidelberg (2007).
Karl Lackner	Berlin, New York (1987).
Ernst-J. Lampe	Jus humanum – Grundlagen des Rechts und Strafrecht, Berlin (2003).
Richard Lange	Berlin, New York (1976).
Theodor Lenckner	München (1998).
Fritz Loos	Grundfragen des Strafrechts, Rechtsphilosophie und die Reform der Juristenausbildung, Göttingen (2010).
Klaus Lüderssen	Baden-Baden (2002).
Werner Maihofer	Rechtsstaat und Menschenwürde, Frankfurt a.M. (1988).
Manfred Maiwald	Fragmentarisches Strafrecht, Frankfurt a.M. (2003).
Manfred Maiwald	Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht, Berlin, citado por Maiwald II-FS (2010).
Georgios-Alexandros Mangakis	Athen (1999).
Giorgio Marinucci	Studi in onore di Giorgio Marinucci, Mailand (2006).
Reinhart Maurach	Karlsruhe (1972).
Hellmuth Mayer	Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Berlin (1966).
Dieter Meurer	Gedächtnisschrift, Berlin (2002).
Karlheinz Meyer	Gedächtnisschrift, Berlin, New York (1991).
Lutz Meyer-Goßner	Strafverfahrensrecht in Theorie und Praxis, München (2001).
Edmund Mezger	München (1954).
Koichi Miyazawa	Baden-Baden (1995).
Egon Müller	Baden-Baden (2008).
Heinz Müller-Dietz	Grundfragen staatlichen Strafens, München (2001).
Kay Nehm	Strafrecht und Justizgewährung, Berlin (2006).
Peter Noll	Gedächtnisschrift, Zürich (1984).
Dietrich Oehler	Köln, Berlin, Bonn, München (1985).
Heribert Ostendorf	Strafrecht-Jugendstrafrecht - Kriminalpravention in Wissenschaft und Praxis, Baden-Baden (2015).
Harro Otto	Berlin, New York (2007).
Hans-Ullrich Paeffgen	Strafe und Prozess im freiheitlichen Rechtsstaat, Berlin (2015).
Rainer Paulus	Festgabe, Würzburg (2009).
Karl Peters	Einheit und Vielfalt des Strafrechts, Tübingen (1974).

Ingeborg Puppe	Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion, Berlin (2010).
Anton Rauscher	Die personale Struktur des gesellschaftlichen Lebens, Berlin (1993).
Jörg Rehberg	Strafrecht und Öffentlichkeit, Zürich (1996).
Christian Richter II	Verstehen und Widerstehen, Baden-Baden (2006).
Peter Rieß	Berlin, New York (2002).
Ruth Rissing-van Saan	Berlin, New York (2011).
Klaus F. Röhl	Recht–Gesellschaft–Kommunikation, Baden-Baden (2003).
Claus Roxin	Berlin, New York (2001).
Claus Roxin	Berlin, New York, citado por Roxin II-FS (2011).
Imme Roxin	Heidelberg, citado por Roxin II-FS (2012).
Hans-Joachim Rudolphi	Neuwied (2004).
Hannskarl Salger	Köln, Berlin, Bonn, München (1995).
Erich Samson	Recht–Wirtschaft–Strafe–Resozialisierung, Berlin, New York (2010).
Friedrich Schaffstein	Göttingen (1975).
Wolf Schiller	Baden-Baden (2014).
Ellen Schlüchter	Gedächtnisschrift, Köln, Berlin, Bonn, München (2002).
Niklaus Schmid	Wirtschaft und Strafrecht, Zürich (2001).
Eberhard Schmidt	Göttingen (1961).
Rudolf Schmitt	Tübingen (1992).
Heinz Schöch	Verbrechen–Strafe–Resozialisierung, Berlin, New York (2010).
Hans-Ludwig Schreiber	Strafrecht, Biorecht, Rechtsphilosophie, Heidelberg (2003).
Friedrich-Christian Schroeder	Heidelberg (2006).
Horst Schüler-Springorum	Köln, Berlin, Bonn, München (1993).
Bernd Schünemann	Streitbare Strafrechtswissenschaft, Baden-Baden (2015).
Hans-Dieter Schwind	Kriminalpolitik und ihre wissenschaftlichen Grundlagen, Heidelberg, München, Landsberg, Berlin (2006).
Manfred Seebode	Berlin (2008).
Manfred Seebode	Im Zweifel für die Freiheit, Gedachtnisschrift für Manfred). Seebode, Berlin (2015).
Günter Spendel	Berlin, New York (1992).
Dionysios Spinellis	Die Strafrechtswissenschaften im 21. Jahrhundert, Athen (2001).

Erich Steffen	Berlin, New York (1995).
Heinz Stöckel	Berlin (2010).
Hans-Wolfgang Strätz	Regenstauf (2009).
W. Stree/J. Wessels	Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heidelberg (1993).
Andrzej J. Szwarc	Vergleichende Strafrechtswissenschaft. Frankfurter Festschrift, Berlin (2009).
Klaus Tiedemann	Köln (2008).
Stefan Trechsel	Strafrecht, Strafprozessrecht und Menschenrechte, Zürich (2002).
Otto Triffterer	Wien (1996).
Herbert Tröndle	Berlin, New York (1989).
Uni-Berlin	Festschrift 200 Jahre Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Berlin, New York (2010).
Uni-Gießen	Rechtswissenschaft im Wandel. Festschrift des Fachbereichs Rechtswissenschaft zum 400jährigen Gründungsjubiläum der Justus-Liebig-Universität Gießen, Tübingen (2007).
Uni-Köln	Festschrift der Rechtswissenschaftlichen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Universität zu Köln, Köln, Berlin, Bonn, München (1988).
Uni-Leipzig	Festschrift der Juristenfakultät zum 600jährigen Bestehen der Universität Leipzig, Berlin (2009).
Uni-Würzburg	Festschrift 600 Jahre Würzburger Juristenfakultät (2002).
Theo Vogler	Gedächtnisschrift, Heidelberg (2004).
Klaus Volk	In dubio pro libertate, München (2009).
Michael Walter	Kriminologie–Jugendkriminalrecht–Strafvollzug, Gedächtnisschrift, Berlin (2014).
Ulrich Weber	Bielefeld (2004).
Hans Welzel	Berlin, New York (1974).
Gunter Widmaier	Köln, München (2008).
Manfred Wolf	Gedächtnisschrift, München (2011).
Ernst A. Wolff	Berlin (1998).
Jürgen Wolter	Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Berlin (2013).
Thomas Würtenberger	Kultur, Kriminalität, Strafrecht, Berlin (1977).
Heinz Zipf	Gedächtnisschrift, Heidelberg (1999).
Andrzej Zoll	Krakau (2012).

Parte I

El derecho penal y la ley penal. La persona como sujeto de derecho

§ 1 Función y conceptos fundamentales del derecho penal. La clasificación de los delitos

Caso n.° 1 (cuestiones generales)

a) K, aficionado al arte, desea convencer a E para que este le venda un reloj antiguo de su propiedad. Sin embargo, viendo que sus esfuerzos fracasan, K se enoja y arroja al suelo el reloj que le había sido entregado en la visita, como consecuencia el objeto termina dañado. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del comportamiento de K? **(n. m. 4, 7 y 59)** 1

b) A mata dolosamente a B. ¿Qué significado tiene para el contenido del injusto y de la culpabilidad de su hecho si A: 2

(1) actuó con alevosía o con otro móvil al ejecutar el homicidio?

(2) se dejó llevar debido a la ira (producida por una ofensa grave por parte de B)?

(3) se decidió a cometer el hecho debido a la solicitud expresa de B, quien es un enfermo de cáncer sin posibilidades de ser curado? **(n. m. 30 y 59)**

c) S ha realizado el tipo del § 99.I Nr 1, mediante una actividad propia del servicio secreto. ¿Variaría la naturaleza delictiva del hecho si existiera un caso especialmente grave y si se configurara un ejemplo general ("Regelbeispiel") en el sentido del § 99.II S. 2? **(n. m. 35 y 59)** 3

I. Función y conceptos fundamentales

1. Fundamentación de la existencia del derecho penal como rama del derecho público

El derecho penal constituye aquella rama del ordenamiento jurídico que se vincula a infracciones jurídicas que han tenido lugar en el pasado, las 4

cuales sanciona con una pena; a través a través de esta se expresa un **juicio de desvalor ético-social** frente al autor. Como manifestación del monopolio estatal de la fuerza, el cual excluye la venganza privada por el injusto, la persecución penal le corresponde al Estado como una tarea soberana. El derecho penal constituye una rama **del derecho público**[1], pues se desarrolla con base en la relación de jerarquía-subordinación entre el Estado y los ciudadano. Por el contrario, el derecho privado regula las relaciones que se entablan entre ciudadanos, generalmente caracterizadas por una relación de igualdad.

En el **caso n.° 1.a**, al dañar el reloj, K ha afectado la propiedad de E. Como consecuencia de los hechos (arrojar el reloj al suelo) se ha producido un suceso jurídico con implicancias para el derecho civil y el derecho penal. El derecho privado garantiza a E la pretensión de la reparación del daño que K le ha causado mediante la lesión antijurídica de su propiedad (§§ 311.II Nr 1, 280.I, 241.II BGB, §§ 823.I; 823.II BGB, en conexión con § 303.I).

5 Dado que la mera obligación de reparar los daños ocasionados no siempre asegura una suficiente protección de bienes jurídicos, al menos frente a la lesión de las libertades más importantes, le corresponde al Estado un deber de protección, el cual puede deducirse de los derechos fundamentales de la persona, lo que —en el caso de bienes jurídicos fundamentales— se concreta en un **mandato de criminalización** jurídico-constitucional[2].

6 Además, la pena posee efectos distintivos: mientras que la obligación a reparar el daño puede ser irrelevante para alguien que debido a su situación financiera "puede permitirse todo" o para alguien a quien debido a su situación de inembargabilidad "no puede quitársele nada" (§§ 811, 850 y ss. ZPO), la pena privativa de libertad conminada en la ley penal —y el reproche generalmente vinculado a la pena— posiblemente evitará[3] la comisión de infracciones jurídicas.

1 MK-*Joecks,* Intro. n. m. 7; *Kindhäuser*, LPK, Vor § 1 n. m. 4.

2 Básico BVerfGE 39, 1 (sentencia sobre interrupción del embarazo: deber de protección del Estado a favor de la vida en formación); v. también *Frisch*, Beulke-FS p. 103; *Krey/Esser,* AT, n. m. 25.

3 Sobre la función de motivación del derecho penal, *Gaßner/Strömer*, HRRS 15, 122.

Parte I

El derecho penal y la ley penal. La persona como sujeto de derecho

§ 1 Función y conceptos fundamentales del derecho penal. La clasificación de los delitos

Caso n.° 1 (cuestiones generales)

a) K, aficionado al arte, desea convencer a E para que este le venda un reloj antiguo de su propiedad. Sin embargo, viendo que sus esfuerzos fracasan, K se enoja y arroja al suelo el reloj que le había sido entregado en la visita, como consecuencia el objeto termina dañado. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del comportamiento de K? **(n. m. 4, 7 y 59)** 1

b) A mata dolosamente a B. ¿Qué significado tiene para el contenido del injusto y de la culpabilidad de su hecho si A: 2
   (1) actuó con alevosía o con otro móvil al ejecutar el homicidio?
   (2) se dejó llevar debido a la ira (producida por una ofensa grave por parte de B)?
   (3) se decidió a cometer el hecho debido a la solicitud expresa de B, quien es un enfermo de cáncer sin posibilidades de ser curado? **(n. m. 30 y 59)**

c) S ha realizado el tipo del § 99.I Nr 1, mediante una actividad propia del servicio secreto. ¿Variaría la naturaleza delictiva del hecho si existiera un caso especialmente grave y si se configurara un ejemplo general ("Regelbeispiel") en el sentido del § 99.II S. 2? **(n. m. 35 y 59)** 3

I. Función y conceptos fundamentales

1. Fundamentación de la existencia del derecho penal como rama del derecho público

El derecho penal constituye aquella rama del ordenamiento jurídico que se vincula a infracciones jurídicas que han tenido lugar en el pasado, las 4

cuales sanciona con una pena; a través a través de esta se expresa un **juicio de desvalor ético-social** frente al autor. Como manifestación del monopolio estatal de la fuerza, el cual excluye la venganza privada por el injusto, la persecución penal le corresponde al Estado como una tarea soberana. El derecho penal constituye una rama **del derecho público**[1], pues se desarrolla con base en la relación de jerarquía-subordinación entre el Estado y los ciudadano. Por el contrario, el derecho privado regula las relaciones que se entablan entre ciudadanos, generalmente caracterizadas por una relación de igualdad.

En el **caso n.° 1.a**, al dañar el reloj, K ha afectado la propiedad de E. Como consecuencia de los hechos (arrojar el reloj al suelo) se ha producido un suceso jurídico con implicancias para el derecho civil y el derecho penal. El derecho privado garantiza a E la pretensión de la reparación del daño que K le ha causado mediante la lesión antijurídica de su propiedad (§§ 311.II Nr 1, 280.I, 241.II BGB, §§ 823.I; 823.II BGB, en conexión con § 303.I).

5 Dado que la mera obligación de reparar los daños ocasionados no siempre asegura una suficiente protección de bienes jurídicos, al menos frente a la lesión de las libertades más importantes, le corresponde al Estado un deber de protección, el cual puede deducirse de los derechos fundamentales de la persona, lo que —en el caso de bienes jurídicos fundamentales— se concreta en un **mandato de criminalización** jurídico-constitucional[2].

6 Además, la pena posee efectos distintivos: mientras que la obligación a reparar el daño puede ser irrelevante para alguien que debido a su situación financiera "puede permitirse todo" o para alguien a quien debido a su situación de inembargabilidad "no puede quitársele nada" (§§ 811, 850 y ss. ZPO), la pena privativa de libertad conminada en la ley penal —y el reproche generalmente vinculado a la pena— posiblemente evitará[3] la comisión de infracciones jurídicas.

1 MK-*Joecks*, Intro. n. m. 7; *Kindhäuser*, LPK, Vor § 1 n. m. 4.

2 Básico BVerfGE 39, 1 (sentencia sobre interrupción del embarazo: deber de protección del Estado a favor de la vida en formación); v. también *Frisch*, Beulke-FS p. 103; *Krey/Esser*, AT, n. m. 25.

3 Sobre la función de motivación del derecho penal, *Gaßner/Strömer*, HRRS 15, 122.

En el **caso n.° 1**, K ha infringido la norma de comportamiento previa del § 303.I ("no te está permitido dañar la propiedad ajena"). K podría ser sancionado por daños materiales a solicitud de E (§§ 303c, 77 y ss.). Por medio de una **sentencia penal**, K sufriría el reproche *ético-social* y la **respuesta desaprobatoria** de la **comunidad jurídica** respecto al **injusto cometido de modo culpable**. 7

El recurrir a la pena refuerza el poder coercitivo de las normas de comportamiento, consideradas especialmente importantes para la sociedad. En términos del BVerfG: "El aseguramiento de la paz jurídica en la forma de administración de justicia penal [...] [es] desde siempre una tarea central del poder estatal. En la persecución de la tarea de conseguir, asegurar y llevar a cabo una convivencia humana ordenada —mediante la protección de los valores elementales de la vida en comunidad con base en un ordenamiento jurídico—, el derecho penal es un elemento irrenunciable para el aseguramiento de la inquebrantabilidad del ordenamiento jurídico"[4]. En ese sentido, la **justificación de la existencia del derecho penal** radica en su necesidad para asegurar la convivencia pacífica y fructífera en la sociedad, que ha cedido al Estado el monopolio de la violencia[5]. 8

2. La función de protección del derecho penal

Mediante la **protección de bienes jurídicos**[6], el derecho penal sirve a la realización del bien común y la salvaguarda de la paz jurídica. El derecho penal es un ordenamiento de protección y de preservación de la paz que se basa en el sistema de valores ético-sociales de la Constitución y se orienta a la conse- 9

4 BVerfGE 123, 267, 408.

5 Cfr. también HK-GS-*Rössner*, Vorbem. § 1 n. m. 7.

6 Sobre la discusión respecto al concepto de bien jurídico y su significado en el derecho penal, cfr. *Beckemper*, ZIS 11, 318; *Demko*, Brudermüller-FS, p. 115; *Gimbernat Ordeig*, GA 2011, 284; *el mismo / Roxin*, Hassemer-FS, p. 573; *Greco*, Roxin II-FS, p. 199; *Hassemer*, Androulakis-FS, p. 207; *Hefendehl*, GA 2002, 21; *el mismo*, ZIS 12, 506; *M. Heinrich*, Roxin II-FS, p. 131; *Jahn*, GA 2007, 579, 581; *Jakobs*, Frisch-FS, p. 81; *Krüger*, Die Entmaterialisierungstendenz beim Rechtsgutsbegriff, 2000; *Kühl*, Heinz-FS, p. 766; *Paeffgen*, Wolter-FS, p. 125; *Swoboda*, ZStW 122 [2010], 24; *Vogel*, StV 96, 110; *Volk*, Roxin II-FS, p. 215; *Wohlers*, GA 2002, 15; *Zabel*, ZStW 122 [2010], 833; una presentación detallada se encuentra en *Roxin*, AT I, § 2 n. m. 2 ss. y *el mismo*, EuCLR 13, 3; sobre la discusión más reciente respecto a la teoría del bien jurídico en el marco de la 36. Strafrechtslehertagung de 2015 en Augsburg, de modo general, *Brodowski*, ZStW 127 [2015], 691; en detalle, *Engländer*, ZStW 127 [2015], 616, así como *Kudlich*, ZStW 127 [2015], 635.

cución de los objetivos de esta. Debido a su vinculación con la Constitución, al derecho penal le corresponde **la tarea** de **asegurar** los **valores fundamentales más importantes** de la vida social, garantizar el mantenimiento de la **paz jurídica** en el marco del orden social, e imponer[7] el derecho en caso de conflicto entre este y un injusto.

10 Sin embargo, a pesar de ese deber de protección asignado al Estado, no existe en general una **pretensión del afectado a la persecución penal** que se encuentre garantizada jurídico-constitucionalmente; solo excepcionalmente puede exigirse[8] una pretensión a una persecución penal efectiva con base en el art. 2.II 1 y 2 en conexión con el art. 1.I.2 GG. Esto requiere que la renuncia a la persecución penal afecte la confianza en el monopolio de la violencia estatal o en la integridad de la actuación estatal y genere un clima de inseguridad jurídica. Esto es así, especialmente, cuando los delitos afectan de modo relevante a bienes jurídicos personalísimos, cuando el Estado tiene un específico deber de cuidado o de custodia frente a la víctima o cuando se trata[9] de delitos de funcionarios públicos.

11 Se denomina **bienes jurídicos** a aquellos bienes vitales, valores sociales e intereses jurídicamente reconocidos del individuo o de la comunidad, que gozan de protección jurídica debido a su especial relevancia para la sociedad. Son bienes jurídicos del individuo, por ejemplo, la vida, la integridad corporal, la libertad personal, el honor, la propiedad, el patrimonio (**bienes jurídicos individuales**)[10]. Por su parte, son bienes jurídicos de la colectividad, por ejemplo, la existencia y la estructura democrático-liberal del Estado, la conservación de secretos de Estado, la administración de justicia, la incorruptibilidad de los funcionarios públicos, la seguridad del tráfico rodado, la fiabilidad de los documentos en el tráfico jurídico (**bienes jurídicos universales**).

7 BVerfGE 51, 324, 343; más detallado, *Hefendehl*, p. 5; MK-*Joecks*, Intr. n. m. 26; *Lagodny*, Grundrechte; *Roxin*, ZStW 116 [2004], 929; *el mismo*, JBÖNF 59 [2011], 1.

8 BVerfG StV 15, 203 ("*Gorch Fock*"), según la cual con base en el art. 6 I GG, en caso de muerte, esta exigencia también puede pasarse por alto respecto a quienes pertenecen al círculo familiar; cfr. también BVerfG HRRS 14, 310 ("*Tennessee Eisenberg*") y BVerfG Beschl. del 19.05.2015, Az. 2 BvR 987/11 ("*Kunduz*").

9 Cfr. BVerfG StV 15, 203 ("*Gorch Fock*").

10 Respecto a la discusión sobre la dignidad humana como bien protegido jurídico-penalmente, cfr. *F. Knauer*, ZStW 14, 305.

Como es reconocido, el bien jurídico protegido por una norma penal constituye un criterio importante para la interpretación de un tipo penal (al respecto, n. m. 76). Al concepto de bien jurídico se atribuye, al menos de manera predominante en la doctrina, una **"función crítica"**, que proscribiría al legislador la criminalización de conductas que no ponen en peligro ni lesionan bienes jurídicos. De esto se deduce, en especial, que no puede considerarse a las meras inmoralidades como objeto de los tipos penales. 12

En su conocida (y acertadamente criticada) **"sentencia sobre el incesto"**, el BVerfG (con la confirmación del TEDH[11]) señaló que la criminalización de las relaciones sexuales entre hermanos de sangre adultos (cfr. § 173.II2) resulta conforme con la Constitución. Aunque el BVerfG resaltó la prohibición de exceso como un criterio especialmente relevante para la evaluación de una norma penal, lo cual permite entender la decisión en el sentido de que al derecho penal le corresponde una función de protección de bienes jurídicos[12]; sin embargo, solo sería una tarea del legislador democráticamente legitimado (y no de una "teoría del bien jurídico") fijar[13] los bienes jurídicos que serán objeto de protección mediante el derecho penal. No obstante, resulta poco claro cómo una norma penal podría superar el test de proporcionalidad, si ella no protege exclusivamente valores elementales relevantes, a los que de entrada no pertenecen las inmoralidades. 13

Tiene que distinguirse entre bien jurídico y **objeto de la acción**: los bienes jurídicos son valores sociales **ideales** (en el §§ 211 y ss.: la vida; en el § 242: propiedad y posesión). Por el contrario, el **objeto de la acción** es el objeto concreto, que constituye el objeto del hecho y sobre el cual recae la acción (en §§ 211 y ss.: otra persona; en § 242: una cosa ajena y movible)[14]. 14

En ese sentido, los **fundamentos del derecho penal** residen en las **concepciones valorativas ético-sociales** de la comunidad jurídica; ellas constituyen la base para el surgimiento de bienes jurídicos, normas jurídicas y tipos 15

11 BVerfGE 120, 224; EGMR FamRZ 12, 937 con obs. *Kubiciel*, ZIS 12, 282; *Androulakis*, Hassemer-FS, S. 271; *Duttge*, Roxin II-FS, S. 227; *Greco*, ZIS 08, 234; *Hörnle*, NJW 08, 2085; *Hufen/Jahn*, JuS 08, 550; *Jung*, GA 2012, 617; *Noltenius*, ZJS 09, 15; *Otto*, Jura 16, 373; *Roxin*, StV 09, 544; *Schubarth*, Dencker-FS, p. 273; *Scheinfeld*, Roxin II-FS, S. 183; *Zabel*, JR 08, 453.

12 *Murmann*, Grundkurs, § 8 n. m. 14; respecto a la interpretación en el sentido de una "protección proporcional de bienes jurídicos", v. *Kaspar*, Verhältnismäßigkeit und Grundrechtsschutz, 2014, p. 241 y ss., 515 y ss.

13 V. BVerfGE 120, 224, 242; cfr. también el voto singular de *Hassemer* (p. 255 y ss.) asimismo *Greco*, ZIS 08, 234 y ss.; *Hörnle*, NJW 08, 2085 y ss.

14 *Amelung*, en: Hefendehl/v. Hirsch/Wohlers (eds.), Die Rechtsgutstheorie, 2003, v. 167; *el mismo*, Eser-FS, S. 3; *Rönnau*, JuS 09, 209.

penales[15], pero no son idénticas a estos. Desde un punto de vista ético-social, son necesarias todas aquellas normas de comportamiento imprescindibles para la vida en comunidad armónica de los individuos. Si bien las prohibiciones y mandatos reforzados con una pena son también mandatos y prohibiciones ético-sociales, no todas las normas de comportamiento de la ética social están reforzadas penalmente, y por ello no integran el ordenamiento jurídico-penal. En ese sentido, la protección mediante el derecho penal es siempre **fragmentaria**[16]. Dado que los preceptos penales son los medios más drásticos con los que cuenta el Estado ("schärfstes Schwert des Staates") solo están justificados cuando medios menos drásticos (por ejemplo, provenientes del derecho público o del derecho civil) no son suficientes para una protección efectiva de bienes jurídicos (**función de *ultima ratio* del derecho penal**)[17].

En ese sentido, por ejemplo, en el ámbito de la sexualidad, los comportamientos **inmorales y contrarios a la ética** (como, por ejemplo, las prácticas sexuales con animales) no pueden ser amenazados con una pena solo debido a su supuesta inmoralidad e indecencia. Además, ¿cómo podría hallarse un criterio aceptablemente seguro para determinar que esto es así? Igual problemática aparece en la valoración jurídico-penal de una infracción de los preceptos relativos al etiquetado, contemplados en el § 10.I, III RindfleischEtikettierungsG, dado que aquí existe solo un **"delito puramente formal"**, sin que pueda reconocerse una relación con un bien jurídico. Siempre que la intervención del derecho penal aparezca como desproporcionada existirá una infracción contra la función de *ultima ratio*[18].

16 Más bien el legislador siempre tiene que determinar cuidadosamente si, y en qué medida, es necesaria[19] la dación de preceptos penales, debido a los **efectos socialmente dañosos del comportamiento**. Aquí, la determinación de la medida justa respecto a la **limitación** razonable **de la violencia punitiva** del

15 *Günther*, JuS 78, 8; *Jung*, GA 2005, 377; *Kühl*, Otto-FS, p. 63; *Renzikowski*, ZRP 05, 213.

16 Como introducción: *Hefendehl*, JA 11, 401; *Kertai*, JuS 11, 976; *Vormbaum*, ZStW 123 [2011], 661; *Zaczyk*, ZStW 123 [2011], 691.

17 NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 n. m. 72, 74, con notas adicionales; *Gärditz*, JZ 16, 641, *Hamm*, NJW 15, 1537.

18 Cfr. aquí la resolución de suspensión y remisión del LG Berlin de. 16.4.2015 - 2 BvL 1/15; al respecto también DAV-Stellungnahme 8/2016

19 Respecto a la necesidad del § 184: *Köhne*, JR 12, 325.

Estado es una tarea que corresponde a una **política criminal**[20] equilibrada y consciente de su responsabilidad.

Ejemplos actuales de esta cuestión son el ya mencionado (n. m. 13) tipo del incesto (§ 173), la inclusión de "adolescentes en apariencia" (o sea, adultos que tienen la apariencia de adolescentes) en el concepto de materiales pornográficos de adolescentes (cuya difusión es punible en virtud del § 184c.I)[21], la criminalización del autodopaje en el deporte[22], la punibilidad de un diagnóstico de preimplantación en los casos de fecundación extracorporal de acuerdo con los criterios de la Embryonenschutzgesetzes (*Ley de Protección de Embriones*)[23], o la punibilidad ahora prevista en el § 217 respecto a la asistencia habitual al suicidio[24].

3. Requisitos y consecuencias jurídicas del hecho punible

17 De acuerdo con las tareas y funciones del derecho penal hasta aquí mostradas, puede verse que este no solo está caracterizado por la definición de los requisitos de la punibilidad y, en tal sentido, por las características individuales del comportamiento merecedor de sanción. Pues la parte especial del derecho penal —y complementariamente la parte general— contiene normas que fijan distintas sanciones como consecuencias jurídicas de un hecho punible, a las que pertenecen tanto las **penas (criminales)** como también otras consecuencias jurídicas, en especial las medidas de rehabilitación y de aseguramiento.

La **parte especial** del derecho penal, especialmente los §§ 80–358 del Código Penal, contiene los tipos delictivos individuales y los grupos de delitos. Otros tipos delictivos también se hallan previstos fuera del Código Penal y

20 Cfr. *Beulke*, Eisenberg-FS, p. 245; *Frisch*, Stree/Wessels-FS, p. 69; *Günther/Prittwitz*, Hassemer-FS, p. 331; *Hefendehl*, JA 11, 401; *Hillenkamp*, Eisenberg-FS, p. 301; *Kühl*, Maiwald II-FS, p. 433; *el mismo*, Stöckel-FS, p. 117; *Neumann*, Jakobs-FS, p. 435; *Saliger*, Hassemer-FS, p. 599; *Schmoller*, en: Fischer/Strasser (eds.), Rechtsethik, 2007, p. 203; *Schünemann*, en: Hirsch/Seelmann/Wohlers, p. 18; *Stratenwerth*, Hassemer-FS, p. 639; *Trendelenburg*, Ultima ratio?, 2011; *Walter*, ZIS 11, 636; v. también *Eicker*, Die Prozedualisierung des Strafrechts, 2010.

21 S/S-*Eisele*, § 184c n. m. 4; *Gropp*, Kühne-FS, p. 679; *Satzger*, en: Engländer ua, Strafverteidigung, p. 99 y ss.

22 BT-Drucks. 18/294 del 15.1.2014; *Kargl*, NStZ 07, 489; *Kreuzer*, ZRP 13, 181; crít. *Steiner*, ZRP 15, 51.

23 BGHSt 55, 206 con obs. *Brunhöber*, HRRS 10, 412; *Kubiciel*, NStZ 13, 382; *Kudlich*, JA 10, 833; *Reiß*, HRRS 10, 418; *Schroth*, NJW 10, 2676; más detallado, *Frister/Lehmann*, JZ 12, 659; *Frommel*, Hassemer-FS, S. 831; la misma, JZ 13, 488; *Günther*, Krey-FS, S. 105; *Kunz-Schmidt*, NJ 11, 231; *Kreß*, ZRP 10, 201 und 11, 68.

24 BT-Drucks. 18/5373 v. 1.7.2015; exhaustivamente al respecto *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 64a y ss.

son agrupados bajo la denominación de **derecho penal accesorio**. La **parte general,** ante todo los §§ 1–79b StGB, complementa a la parte especial y contiene —a modo de "entre paréntesis"— los preceptos de carácter general, especialmente las características comunes de las acciones conminadas con una pena, las formas de su comisión y sus consecuencias jurídicas. La parte general del StGB también es aplicable a los tipos pertenecientes al denominado derecho penal accesorio (art. 1 EGStGB).

18 Todas las consecuencias jurídicas del delito tienen que satisfacer el principio de legalidad y el de proporcionalidad (cfr. §§ 1, 46, 62), por lo cual —como se ha visto— solo los bienes jurídicos pueden ser objeto de protección jurídico-penal (v. n. m. 12). También hay que tener siempre presente el art. 1.I GG ("La dignidad del ser humano es inviolable"). El principio de culpabilidad, estrechamente ligado a esta cuestión, proscribe las penas sin culpabilidad, así como las penas que sobrepasen[25] la medida de la culpabilidad. Debido a su directa relevancia para la determinación del sentido de la pena, el **principio de resocialización** se erige también, junto al **principio de culpabilidad** y con una importancia similar, como fundamento del sistema de sanciones jurídico-penal.

19 De acuerdo con el denominado sistema de doble vía, en el StGB coexisten, junto a las penas, las denominadas **medidas de rehabilitación y aseguramiento**. Dado que estas no representarían una reacción represiva respecto al pasado, la ley tampoco exige la existencia de culpabilidad; más bien se trata solamente de fines preventivos, de modo que dichas medidas se vinculan[26] exclusivamente con la peligrosidad social del autor. Es decir, la comisión de un hecho punible no constituye aquí el fundamento, sino el motivo de la imposición de la medida[27]. En ese sentido, su imposición también es posible si falta la culpabilidad (v. §§ 20, 63 y ss.).

Por el contrario, el TEDH ha considerado[28] el internamiento preventivo de seguridad alemán, previsto en el StGB, como una medida (cfr. § 61 Nr 3), y como una "pena" en

25 BVerfGE 20, 323, 325; 95, 96, 131; BVerfG StraFo 07, 369, con una crítica *Kahlo/Zabel*, en: HRRS-Festgabe für Gerhard Fezer, 2008, S. 87; v. también *B. Heinrich*, AT, n. m. 41; *Roxin*, AT I, § 3 n. m. 52.

26 BGH NStZ-RR 14, 273, respecto a la prognosis de peligrosidad y la comprobación de la proporcionalidad en la imposición de una custodia de seguridad obligatoria.

27 *Murmann*, Grundkurs, § 9 n. m. 2.

28 Cfr. EGMR StV 10, 181,185 s; v. también EGMR NJW 11, 3423 y ss., así como EGMR EuGRZ 12, 383 y ss.; resumidamente, al respecto, *Pösl/Dürr*, EuCLR 12, 158, 168; *Satzger*, StV 13, 243 y ss.

el sentido del art. 7 I CEDH, debido a su imposición en el marco de un proceso penal y, ante todo, por la gravedad de la intervención en los derechos de los afectados. Respecto a las consecuencias para el derecho alemán, v. n. m. 69.

Por cierto, también en otras áreas del derecho se pueden imponer sanciones, pero no en la forma de penas criminales. Por tal razón, es necesario establecer criterios de limitación, especialmente respecto al **derecho de contravenciones**, donde no se sanciona la comisión de un injusto criminal, sino la de un mero injusto administrativo[29]. Debido a la ausencia de un daño social relevante, el comportamiento antijurídico no merece aquí un reproche ético-social, sino que más bien debe servir como una "llamada de atención", que exige el cumplimiento del deber en el futuro.[30] El derecho de contravenciones se distingue ya formalmente del derecho penal criminal porque la principal sanción de aquel se denomina explícitamente "multa" (cfr. § 1 I OWiG). La multa puede llegar a alcanzar, de acuerdo con lo dispuesto en cada ley específica, una suma considerable; así, por ejemplo, en el derecho de competencia, hasta un millón de euros (cfr. § 81.IV.1 GWB). **20**

4. Sentido y fin de la pena

Desde hace mucho tiempo se discute la cuestión relativa al fin del castigo. Al respecto, se enfrentan[31] las teorías absolutas y relativas de la finalidad de la pena. **21**

29 Sobre la delimitación, v. BVerfGE 22, 49, 79; *Achenbach*, GA 2008, 1; *Frister*, AT, 1. Kap., n. m. 12 v.; *Mitsch*, JA 08, 241 y 409.

30 *Krey/Esser*, AT, n. m. 20.

31 Más detalladamente, al respecto, *Achenbach*, StraFo 11, 422; *Braun*, p. 54 y ss.; *Dölling*, Lampe-FS, S. 597; *el mismo*, Kirchhof-FS, Bd II, p. 1329; *Duttge*, en: Schumann (ed.), Gesetz, p. 1; *Greco*, Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie, 2009; NK-*Hassemer/Neumann*, Vor § 1 n. m. 268 y ss.; *Hörnle*, Straftheorien, 2011; *Jescheck/Weigend*, AT, § 8; *Arthur Kaufmann*, Rechtsphilosophie, 2. edic. 1997, p. 161; *Hilgendorf/Weitzel-Koch*, p. 127; *Hoerster*, Muss Strafe sein? Positionen der Philosophie, 2012; *Köhler*, AT, p. 37; *Lampe*, Strafphilosophie, 1999; *Meier*, p. 18; *Naucke*, § 1 n. m. 122; *Pawlik*, Zur Legitimation von Strafe, 2004; *Roxin*, AT I, § 3; *el mismo*, GA 2015, 185; *Pérez-Barberá*, GA 2014, 504; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 1 n. m. 3 y ss.; *Streng*, n. m. 10; *el mismo*, Heinz-FS, p. 677; *Wittig*, en: Beulke ua, Dilemma, p. 13; acerca de la reparación de la "víctima del daño" como fin independiente de la pena cfr. *Hassemer/Reemtsma*, Verbrechensopfer - Gesetz und Gerechtigkeit, 2002; *Heger*, JA 07, 244; *Hörnle*, JZ 06, 950; *Lüderssen*, Hirsch-FS, S. 879; T. *Walter*, ZIS 11, 636; *Walther*, ZStW 111 [1999], 123; *Weigend*, RW 10, 39; *Zabel*, JZ 11, 617.

22 **a)** Según las **teorías absolutas del fin de la pena,** esta solo debe actuar **represivamente**. De acuerdo con ello, el fin de la pena sería solo el restablecimiento del ordenamiento jurídico, para lo cual el Estado reacciona frente al hecho con la imposición de un mal en una medida justa. El concepto absoluto (lat. *absolutus*: desvinculado) evidencia que la justificación de la pena solamente se refiere a hechos pasados y está desvinculada de cualquier efecto social en el futuro.

En el ámbito de las teorías absolutas del fin de la pena, se distingue entre la teoría de la expiación y la teoría de la retribución. La **teoría de la expiación** se basa en la idea de que el autor se reconcilia con el ordenamiento jurídico respecto al hecho cometido en el pasado. Pero a ella se le critica que mientras la expiación requiere un acto voluntario, la pena constituye un mal impuesto coactivamente. Los seguidores de la **teoría de la retribución** (especialmente *Immanuel Kant* [1724-1804] y *Georg Wilhelm Friedrich Hegel* [1770-1831]) defienden que (de acuerdo con el denominado principio del talión), para restablecer la justicia, al injusto tendría que seguir una pena similar en duración, gravedad: según *Kant*, también en cuanto a la clase, mientras que, según *Hegel*, solo en cuanto al valor. Por consiguiente, aquí tiene lugar una compensación —siempre de esa índole— de la culpabilidad del autor. Esta idea es aclarada de una manera expresiva por la fórmula —atribuida[32] a *Hegel*— que reza que la pena sería la "negación de la negación del derecho [subyacente en el delito]". Bastante ilustrativas son las consecuencias de la posición de *Kant* en su ejemplo de la isla, según el cual, incluso si la población de una isla decidiera separarse e irse a distintos rincones del mundo, debería ejecutarse al último asesino en la cárcel para que cada quien sufriera[33] las consecuencias de sus actos.

23 **b)** Según las **teorías relativas**, la pena solo debe actuar de forma **preventiva**. El acto de penar está referido a la tarea de la evitación de futuros delitos (lat. *relatus*: referido a). Aquí se distingue entre dos objetivos: los efectos preventivos en relación con la comunidad (denominada **prevención general**) y en relación con el autor mismo (denominada **prevención especial**). Además de ello, las teorías relativas del fin de la pena se distinguen, en el ámbito de la prevención general: en **prevención general positiva**, según la cual la pena apuntaría a fortalecer la conciencia jurídica, así como la confianza de la comunidad en el ordenamiento jurídico (por ejemplo, *Jakobs*), y **prevención general negativa**, según la cual se perseguiría la intimidación de otros por medio de la conminación penal y de la sanción del autor (especialmente, *Paul Johann Anselm v. Feuerbach* [1775-1833]). En cuanto a la prevención especial (especialmente *Franz v. Liszt* [1851-1919]), se puede distinguir entre la **prevención especial positiva**

32 *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Apéndice (de *Eduard Gans*) al § 97.

33 *Kant*, Metaphysik der Sitten, Werkausgabe Bd 8, 1977, p. 455.

(resocialización del autor) y la **prevención especial negativa** (protección de la sociedad frente al autor mediante el internamiento de este).

A las teorías relativas del fin de la pena se les critica por no prever una limitación para la medida de pena y, de esa manera, habilitar sanciones desproporcionadas cuando así lo exijan los fines preventivos. Además, las posiciones preventivas (con excepción de la prevención especial positiva) representarían un peligro de instrumentalización del autor ("chivo expiatorio") para satisfacer la necesidades sociales y lesionarían con ello su dignidad. 24

Si bien estas críticas no alcanzan a las teorías absolutas, la concepción de la pena proveniente de estas no puede ser un medio adecuado para la lucha contra el crimen, pues a través de ella no se pueden superar los defectos de socialización[34], los cuales constituyen frecuentemente la causa de la criminalidad. Además, aquellas teorías no resultan adecuadas para la tarea más importante del derecho penal, consistente en el aseguramiento de la comunidad (cfr. n. m. 8, 9). Finalmente, estas teorías son difícilmente justificables si se tiene en cuenta que el principio de proporcionalidad impone a todas las intervenciones la exigencia de un fin constitucionalmente legítimo. 25

c) Puesto que todas las posiciones individualmente consideradas adolecen de insuficiencias, tanto en la jurisprudencia como en la literatura se han impuesto[35] ampliamente las denominadas **teorías mixtas**. 26

A favor de ello habla el hecho de que el StGB no se vincula a ninguna de las teorías del fin de la pena. La Constitución tampoco contiene alguna indicación clara al respecto[36]. El StGB parte más bien de una **teoría mixta**, pues mientras que la culpabilidad es mencionada en el § 46.I.1 como un criterio para la determinación de la pena, con lo que se manifiesta la idea de la retribución, el § 46.I.2 contiene criterios preventivo-especiales. El objetivo de la sanción es la reincorporación del autor a la comunidad jurídica, o sea, se le debe incitar[37] a llevar en adelante una vida social responsable y exenta de

34 En ese sentido, especialmente *Roxin*, AT I, § 3 n. m. 9; crít. *Murmann*, Grundkurs, § 8 n. m. 26.

35 BVerfGE 45, 187, 253 s; BGHSt 28, 318, 326; más profundamente *Roxin*, AT I, § 3 n. m. 33 ss.; crít., desde la perspectiva austríaca, *Fuchs*, AT I, 2. Kap., n. m. 8, 17.

36 Cfr. BVerfGE 45, 187, 253 s.

37 Acerca del mandato de resocialización en la ejecución de la pena, cfr. § 2 StVollzG, Art. 2 orac.

delitos. Por su parte, la prevención general ha encontrado cabida en la ley, por ejemplo, en el § 47 mediante la expresión "defensa del ordenamiento jurídico".

5. Conceptos jurídico-penales generales

27 En la terminología jurídica se distingue, por un lado, entre hechos relevantes, tipo y consecuencia jurídica.

Los **hechos relevantes** se extraen de los hechos que componen el suceso a analizar (por ejemplo, la sustracción oculta de un libro de una tienda). Luego se analiza si tales hechos satisfacen los requisitos previstos legalmente (= el **tipo**) de un delito (aquí § 242: "Quien sustraiga una cosa mueble ajena a otro con la intención de apoderarse antijurídicamente de ella para sí o para un tercero"). Este procedimiento se denomina **subsunción**. Finalmente, de acuerdo con la subsunción realizada, viene en consideración la **consecuencia jurídica** (en el § 242: pena privativa de libertad de hasta cinco años o pena de multa).

28 Por otro lado, en el StGB se distingue entre **hecho antijurídico** (cfr. §§ 26, 27, 11.I Nr 5) y **hecho punible** (cfr. §§ 44, 66). Una comprensión cabal de estas conceptualizaciones se alcanza recién cuando se trae a colación, como trasfondo, la estructura tripartita del delito existente en el StGB (v. al respecto n. m. 125 s.), de acuerdo con la cual debe distinguirse entre tres niveles de valoración: el tipo, la antijuridicidad y la culpabilidad.

El StGB caracteriza como **hecho antijurídico** un comportamiento que realiza el tipo de una ley penal que —por no estar cubierto por causas de justificación (v. al respecto §§ 8 y ss.)— también es antijurídico, aun cuando en un caso concreto falte un actuar culpable.

La ley entiende como **hecho punible** un comportamiento que no solo realiza el tipo de una ley penal, sino que además es antijurídico y culpable.

Dado que la realización antijurídica de un tipo representa un **injusto**, también se puede definir el **hecho punible** como un injusto realizado de modo culpable. En cambio, el "hecho antijurídico" también abarca el injusto cometido sin culpabilidad (v. §§ 17, 20).

2 BayStVollzG, § 2 orac. 1HmbStVollzG, § 5 S. 1 NJVollzG; BVerfGE 98, 169; 116, 69; 117, 71.

6. Desvalor del resultado, desvalor de la acción y desvalor de la actitud interna

29

El hecho punible constituye en esencia la **lesión de un bien jurídico y de un deber**[38]. Su **contenido de injusto** se determina a través del desvalor de resultado del hecho (la lesión o puesta en peligro del correspondiente objeto de protección) y de su desvalor de acción (la forma en la que se ejecuta la acción, por ejemplo, la destrucción dolosa de la propiedad ajena), los cuales contienen[39] elementos objetivos y subjetivos. Por el contrario, el **contenido de culpabilidad** del hecho surge del desvalor de la actitud interna que se manifiesta en ella, la cual está referida a la concreta realización del tipo. La culpabilidad significa —resumidamente— reprochabilidad individual, o sea, el reproche que se dirige contra el autor que se ha decidido a favor del injusto y, en consecuencia, contra el derecho. Tanto la actitud defectuosa del autor, con respecto a la respectiva norma de comportamiento del ordenamiento jurídico, como su actitud deficiente ante el derecho expresada en aquella, y que subyacen a su decisión, se reflejan en el desvalor de la actitud interna (más detalladamente n. m. 610 y ss.)[40].

30

En el **caso n.° 1b**, el contenido del injusto y de la culpabilidad respecto al hecho punible cometido por A pueden determinarse de la siguiente forma: en los **delitos de homicidio** el "desvalor del resultado" se determina en todos los casos mediante la eliminación de la vida humana de otro. Para el "desvalor de la acción" resulta decisivo, en primer lugar, si el delito se realizó dolosa o (respecto al § 222) imprudentemente. En el ámbito doloso, se incrementa el "desvalor de la acción" cuando se echa mano de medios peligrosos para otros y en los casos en los que el hecho punible se ejecuta alevosa o cruelmente (§ 211.II 2. Grupo: carácter reprochable de la forma de ejecución). Mientras que, en el reproche por una culpabilidad dolosa el contenido de la culpabilidad y "el desvalor de la actitud interna" se caracterizan por la infracción **consciente** de la prohibición de matar; en el reproche por una culpabilidad imprudente, esa caracterización tiene lugar mediante la actitud **negligente** o **descuidada** del autor ante las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico. En razón de la especial situación de motivación, en los grupos 1. y 3. § 211.II (= reprochabilidad del móvil o del objetivo de la acción) existe un **incremento** esencial; por el contrario, en el caso

38 BGHSt 2, 364, 368.

39 *Kudlich*, Benakis-FS, p. 265.

40 Cfr., al respecto, BGH JZ 88, 367; *Hirsch*, Meurer-GS, p. 3; *Jescheck/Weigend*, AT, § 24.III; S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 8–22, 43–65, 103–123; *T. Walter*, p. 81 y ss.; *Wolter*, Zurechnung, p. 46-51; en general, respecto a la incumbencia de la autoprotección, *Hörnle*, GA 2009, 626.

del § 213 (= excitación comprensible como consecuencia de una provocación) y del § 216 (= compasión del autor con quien ha decidido no seguir viviendo) existen una clara **disminución** del "desvalor de la actitud interna". El StGB tiene en cuenta esta graduación en el ámbito del injusto y de la culpabilidad a través del correspondiente marco legal.

II. La clasificación de los delitos

1. Delitos y faltas

31 El § 12 clasifica los hechos antijurídicos en **delitos** y **faltas**, según la gravedad de la amenaza penal prevista para ellos.

Son **delitos** aquellos hechos antijurídicos que tienen conminada una pena de un año o más en su extremo mínimo (§ 12.I). Así, por ejemplo, la "preparación de una guerra de agresión" (§ 80) es un delito, porque la pena privativa de libertad a imponerse tiene que ser "no menor a diez años".

Por el contrario, son **faltas** aquellos hechos antijurídicos que tienen conminada en su extremo mínimo una pena privativa de libertad menor a un año o una multa (§ 12.II). En ese sentido, constituyen faltas aquellos hechos punibles que no son delitos. Un ejemplo es el hurto previsto en el § 242.I, el cual está sancionado con "pena privativa de libertad de hasta cinco años o con pena de multa", y entonces tiene como extremo mínimo un mes de pena privativa de libertad (cfr. § 38.II Hs. 2) o pena de multa (debido a lo cual no es un delito en el sentido del § 12.I).

32 Para determinar la **naturaleza delictiva** no es relevante la consecuencia impuesta en el caso concreto, sino la pena abstracta conminada en el marco penal normal. Una **variación** de la **naturaleza delictiva** viene más bien en consideración cuando el tipo de un hecho punible, como consecuencia de la concurrencia de una circunstancia agravante o atenuante, es variado de una forma tal que surge un **nuevo tipo** con un marco penal más estricto o reducido. Existe un nuevo tipo cuando la transformación afecta el **contenido de desvalor del hecho**, cuando tiene una característica concluyente y cuando constituye una regulación obligatoria en el sentido de que, cuando aquella transformación se presente, vale **siempre**, pero **solo entonces**, el marco punitivo es modificado. Es decir, no se puede tratar solo de una regla de determinación de la pena en el sentido del § 12.III (v. n. m. 158 y ss.).

Ejemplos: § 212 (homicidio) es un delito, su variante del § 216 (homicidio a petición) es según el § 12.II solo una falta. Los delitos de lesiones de los §§ 223-225 son faltas, mientras que el § 226 (lesiones corporales graves) y § 227 (lesiones corporales seguidas de muerte) son delitos.

Las agravantes o las atenuantes previstas en los preceptos de la parte general (cfr. §§ 21, 23.I, 27.II, 49) o para los casos especialmente graves (por ejemplo, § 253.IV) o para los casos menos graves (por ejemplo, § 249.II) quedan, de acuerdo con el § 12.III, **fuera de consideración** para la clasificación de un hecho punible como delito o falta. Lo mismo vale también para los **ejemplos generales (Regelbeispielen)** de los casos especialmente graves (por ejemplo, § 243), pues ellos no constituyen tipos y únicamente pertenecen a las reglas de la determinación de la pena (v. n. m. 163). 33

La naturaleza delictiva del hecho tiene sobre todo **un considerable significado práctico**: 34

— Para la tentativa (§ 23.I): una tentativa solo es punible —salvo que exista una explícita disposición del legislador en la parte especial— cuando se trata de un delito.

— Para la tentativa de participación (§ 30): una tentativa de inducción o el acuerdo de cometer un hecho punible —siempre que no haya una disposición legal distinta (v., por ejemplo, § 159)— solo son punibles respecto de un delito.

— Para el sobreseimiento del proceso (§§ 153 y ss. StPO): un sobreseimiento en aplicación del principio de oportunidad se excluye de modo general para aquellos casos que tienen como objeto un delito.

En el **caso n.° 1c**, el hecho punible cometido por S es, en su forma básica, una falta (§ 99.I). Si concurre un caso especialmente grave y si se configura un ejemplo general en el sentido del § 99.II Nr 2, el hecho, de acuerdo con el § 12.III, a pesar de tener conminada una pena privativa de libertad de por lo menos un año, *seguiría siendo una* **falta**. 35

2. Delitos de resultado y de actividad

Se debe distinguir[41] entre **delitos de resultado y delitos de mera actividad** atendiendo a la relación entre acción y resultado. 36

41 Cfr. *Krey/Esser*, AT, n. m. 218 s; *Rönnau*, JuS 10, 961; en contra *T. Walter*, Beulke-FS, p. 327.

37 **a)** Para los **delitos de resultado** (por ejemplo, el homicidio, de acuerdo con el § 212) se exige en el tipo legal la producción de un resultado de la acción en el mundo exterior, de modo tal que tiene que buscarse la relación causal entre acción y resultado.

38 Un grupo especial de delitos de resultado está constituido por los **delitos cualificados por el resultado,** para los que la ley prevé una agravación de la pena cuando la realización de un determinado delito básico (por ejemplo, abandono de personas, lesiones corporales dolosas, robo) produce de forma adicional, y por lo menos imprudentemente (§ 18), una **"consecuencia especial del hecho",** como, por ejemplo, la muerte del afectado.

Ejemplo: Lesiones corporales seguidas de muerte (§ 227 I; similar también: §§ 221.III, 226.I, 239.IV, 239a.III, 251, 306c). Como la grave conminación penal permite reconocer, los delitos cualificados por el resultado no se agotan en una mera acumulación de la pena para el tipo básico y la pena por la causación imprudente de la especial consecuencia del hecho. Su especial contenido de injusto existe más bien solo cuando en la producción de la consecuencia grave se ha realizado un riesgo propio del respectivo tipo básico **(relación de peligro específica del tipo)**[42]. Debido al incremento del marco punitivo para los delitos cualificados por el resultado a través del 6. StrRG, una interpretación restrictiva ha adquirido aquí una mayor relevancia[43].

39 **b)** Por el contrario, los **delitos de mera actividad** no requieren ningún resultado en el mundo exterior; su tipo de injusto se cumple ya mediante la actividad descrita en la ley[44].

Por ejemplo, son delitos de actividad la declaración falsa o el perjurio (§§ 153, 154). Por eso aquí resulta irrelevante si el autor ha logrado engañar al juez mediante su declaración.

42 Más detalladamente, BGHSt 31, 96; 33, 322; BGH NJW 71, 152 (caso *Rötzel*); BGH NStZ 97, 341 con dudas *Fahl*, JA 98, 9; BGH NStZ 08, 686; 09, 92,16, 211, 214; *Altenhain*, GA 1996, 19; *Duttge*, Herzberg-FS, p. 309; *Engländer*, GA 2009, 669; *Freund*, Frisch-FS, p. 677; B. *Heinrich/Reinbacher*, Jura 05, 743; *Jäger*, BT n. m. 87; *Kahlo*, Puppe-FS, p. 581; *Kühl*, Jura 02, 810; *Küpper*, ZStW 111 [1999], 785; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, 1986; *Steinberg*, NStZ 10, 72; *Sowada*, Jura 95, 644; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 297 y ss.

43 Más detalladamente, *Bussmann*, GA 1999, 21, 28.

44 Crítico *T. Walter*, Beulke-FS, p. 327.

3. Delitos de lesión y delitos de peligro

La clasificación entre **delitos de lesión** y **delitos de peligro** se orienta por la gravedad del perjuicio para el objeto de la acción afectado[45]. 40

a) Al tipo de los **delitos de lesión** pertenece un daño al objeto de la acción, lo que significa un daño real en los bienes jurídicos (como, por ejemplo, el homicidio, las lesiones corporales y los daños en los §§ 211 y ss., 223 y ss., 303). 40a

b) Por el contrario, en los **delitos de peligro** basta la producción de una situación de peligro para el objeto de protección previsto en el tipo. El StGB distingue entre delitos de peligro concreto y delitos de peligro abstracto: 41

Los **delitos de peligro concreto** se basan en la consideración de que un comportamiento antijurídico puede ser peligroso para el objeto protegido y es merecedor de pena en tanto el peligro se presente de forma concreta en un caso individual, o sea, cuando el autor produce una situación en la que la traducción del peligro en un daño **solo dependa del azar** (por ejemplo: §§ 221, 308, 315–315c). Aquí la aparición de un peligro concreto es un **elemento del tipo en el sentido de un resultado de peligro** (por ejemplo, una "aproximación a un accidente" en el § 315c.I Nr. 1a). En ese sentido, los delitos de peligro concreto son delitos de resultado y, por eso, la producción del peligro concreto, en tanto requisito para la sanción, tiene que ser verificada por el juez. 42

Los **delitos de peligro abstracto** se basan, por el contrario, en la presunción legal de que determinados comportamientos son **generalmente peligrosos** para el objeto de protección (por ejemplo: §§ 231, 241, 306a.I, 316, 326, 328.I, II). Aquí la peligrosidad de la acción **no** es un elemento del tipo, sino solo el **motivo** del legislador **respecto a la existencia del precepto**, de modo tal que, por regla, el juez no tiene que probar que en el caso concreto se haya producido o no un peligro[46]. 43

45 Más profundamente, *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, § 35; *Fischer*, Vor § 13 n. m. 18 y ss.; *Graul*, Abstrakte Gefährdungsdelikte und Präsumtionen im Strafrecht, 1991; *Hirsch*, Arthur Kaufmann-FS, p. 545; *Kindhäuser*, Gefährdung, p. 189 y ss.; *el mismo*, Krey-FS, p. 249; *Koriath*, GA 2001, 51; *Kuhlen*, en: Hirsch/Seelmann/Wohlers, p. 148 y ss.; *Küper*, Definitionen, p. 152; S/S-*Heine/Bosch*, Vorbem. §§ 306 y ss. n. m. 2 y ss.; *Wohlers*, p. 281.

46 V., al respecto, BGHSt 26, 121; *Bohnert*, JuS 84, 182; *Hauck*, ZIS 11, 919; *Hirsch*, Tiedemann-FS, p. 145; *Hoyer*, AT I, p. 30; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 968; respecto al § 241, detalladamente, *Satzger*, Jura 15, 156.

44 Como un subgrupo de los delitos de peligro abstracto se tiene a los denominados "**delitos de peligro potencial**"[47] en los que si bien no se produce ningún peligro concreto, la acción tiene que ser por lo menos idónea para la producción de un concreto peligro. En ese sentido, se habla también de **delitos de aptitud** o de **delitos de peligro abstractos-concretos**[48]. Un ejemplo son los tipos de incitación al pueblo, según el § 130 I, III, que requieren que la declaración posea aptitud para la perturbación de la paz pública[49].

45 4. Delitos permanentes y delitos de estado

La mera producción de un estado antijurídico, de un lado, y su mantenimiento voluntario, por otro, constituyen los puntos esenciales para la distinción entre **delitos de estado** y **delitos permanentes.**

46 **a)** En los **delitos permanentes** (por ejemplo, § 123) el mantenimiento del estado antijurídico depende de la voluntad del autor, de modo que no solo su producción, sino también su **mantenimiento posterior** realiza el tipo legal[50]. El hecho punible que se renueva aquí ininterrumpidamente y de un modo consciente "se consuma" ya con la aparición del estado antijurídico, sin embargo se "agota" recién con la supresión de ese estado (lo que es importante para el inicio de la prescripción, § 78a)[51]. Cfr., en general, sobre la distinción entre consumación y agotamiento con el n. m. 840 y ss.

47 **b)** En los **delitos de estado** (por ejemplo, § 223) el injusto típico se agota —por el contrario— con la **producción** del estado antijurídico, de forma tal que el hecho se "consuma" y, por regla, también se "agota" al mismo tiempo con la entrada del resultado[52].

5. Delitos de comisión y delitos de omisión

48 Partiendo de las formas básicas del comportamiento humano, se distingue además entre **delitos de comisión** y **delitos de omisión**, dependiendo de si se realiza el tipo legal a través de un **hacer activo** o, más bien, de un **no hacer.**

47 OLG Braunschweig NStZ-RR 01, 42; BayObLG JR 01, 475; *Schall*, NStZ-RR 98, 356 y 02, 35; *Zieschang*, Die Gefährdungsdelikte, 1998, p. 158; *el mismo*, Wolter-FS, S. 557.

48 BGHSt 46, 212, 218.

49 V. BK-*Rackow*, § 130 n. m. 7.

50 Ampliamente *Schmitz*, Unrecht und Zeit, 2001.

51 BGHSt 42, 215; *Mitsch*, Jura 09, 534.

52 LG Frankfurt NStZ 90, 592.

En correspondencia con la división entre delitos de resultado y de actividad, los delitos de omisión se clasifican en **delitos de omisión impropia** y **delitos de omisión propia.**

Si V, papá de K, mata a su hijo empujándolo durante un paseo, hacia un lago de orillas con rocas filosas, existe un **delito de comisión** (= homicidio doloso mediante un hacer activo, §§ 212, 211). 49

a) Existiría un **delito de omisión impropia** si durante un juego el niño cayera al agua y V voluntariamente lo dejara ahogarse, a pesar de que podría rescatarlo (= homicidio doloso por omisión contraria a deber en el ámbito de una denominada "posición de garante", §§ 212, 211, 13). Los delitos de omisión impropia constituyen una manifestación complementaria de los delitos de comisión, de modo que los tipos y el marco punitivo de estos también son aplicables a aquellos. Entre las condiciones del **§ 13** se equipara la **no evitación del resultado típico** del garante a la causación de un resultado mediante un hacer activo (más detalladamente, n. m. 983 y s.). 50

b) Por el contrario, los **delitos de omisión propia** (por ejemplo, §§ 138, 323c) son hechos punibles cuyo contenido de injusto se agota[53] en la infracción de una norma de mandato y en la mera omisión de una determinada actividad exigida por la ley. En los casos en los que falte un deber de garante solo quedaría lugar para una omisión de socorro de acuerdo con el § 323c (y, por el contrario, no por los §§ 212, 211 en concordancia con el § 13), si en el ejemplo citado hubiese sido un niño ajeno y no el propio hijo de V quien hubiera estado en peligro de ahogamiento (v., al respecto, n. m. 982, 1050 y ss.). 51

6. Delitos comunes, delitos especiales y delitos de propia mano

Según la delimitación, conforme al círculo de posibles autores, se clasifica a los delitos en **delitos comunes, delitos especiales y delitos de propia mano.** 52

a) El autor idóneo de un **delito común** puede ser cualquiera (cfr., por ejemplo, §§ 212, 223, 242, en los que la ley utiliza la expresión indeterminada "el que" para describir al autor). 53

53 BGHSt 14, 280.

54 **b)** Se denomina **delito especial** a aquellos hechos punibles en los que el ámbito de la autoría está limitado mediante la **característica del autor** (por ejemplo, "médico" en el § 203 o "funcionario público" en el §§ 331 y ss.)[54] descrita en el tipo legal. Quien no cumple personalmente con este elemento especial no puede ser autor, coautor o autor mediato del delito especial. Una sanción como partícipe (instigador o cómplice) es, sin embargo, posible[55].

55 **c)** En los **delitos de propia mano**, el tipo requiere la ejecución inmediata y de propia mano de la acción porque el especial **desvalor de la conducta** del correspondiente delito solo puede realizarse de esa manera. Quien no ejecuta personalmente la acción tampoco puede ser aquí autor, coautor ni autor mediato, sino, en todo caso, solo partícipe.

56 No es sencillo determinar cuándo estamos ante un delito de propia mano. En algunos casos ya el **texto** sugiere tal interpretación (por ejemplo, § 323a, que solo abarca a aquel que "*se coloca* [...] en estado de embriaguez")[56]. Además, son delitos de propia mano aquellos en los que corresponde al autor una **posición relevante no transmisible** respecto al bien jurídico protegido por el tipo en la situación concreta[57]. Esto es así, por ejemplo, en las declaraciones falsas (§§ 153 y ss.), el incesto (§ 173), la fuga del lugar del accidente (§ 142), el acoso (pero solo en la forma prevista en el § 238.I Nr 1), así como en el prevaricato (§ 339).

La clasificación de los delitos relativos al tráfico (§§ 315a, 315c, 316), como delitos propia mano, no está exenta de problemas[58]. En todo caso, no son delitos de propia mano los tipos de coacción sexual y de violación sexual (§ 177), de modo que también es posible una violación en autoría mediata, o sea, "por medio de otro" (cfr. § 25 I Alt. 2). Que otros tipos también sean de propia mano es una cuestión discutida[59].

54 *Schall*, Schöch-FS, p. 619.

55 Cfr. *Krey/Esser*, AT, n. m. 227 y ss.

56 Orientado al texto, por ejemplo, BGHSt 6, 226, 227; crít. LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 47.

57 *Satzger*, Jura 11, 103, 109; similar *Roxin*, AT II, § 25 n. m. 303, quien se orienta a una "posición clave para el bien jurídico".

58 A favor de la condición de delitos de propia mano, por ejemplo, S/S/W-StGB-*Ernemann*, § 315a n. m. 1; § 315c, n. m. 1; § 316 n. m. 1, con notas adicionales. Para una crítica, detalladamente: *Gerhold/Kuhne*, ZStW 124 [2012], 943; *Satzger*, Jura 11, 103, 109 s.

59 *Satzger*, Jura 11, 103; *Schünemann*, Jung-FS, S. 881; *Schall*, JuS 79, 104; *Wohlers*, SchwZStr 116 [1998], 95.

7. Delitos de emprendimiento

57 Según el grado de realización del tipo, se distingue entre **consumación** y **tentativa** de un hecho punible (más detallado en el n. m. 839 ss.).

Cuando la ley sanciona el **emprendimiento** de un hecho con una pena, la consumación y la tentativa resultan equiparadas (denominados **delitos de emprendimiento**) (cfr. § 11 I Nr 6). Un ejemplo es § 307.I ("El que *emprende*, mediante la liberación de gas inflamable produce una explosión [...]"), también §§ 81, 82, 184b.IV, 309.

En los delitos de emprendimiento se suprime la posibilidad de una reducción de la pena prevista para la tentativa (§ 23 II), igualmente el privilegio del desistimiento (§ 24). En ese sentido, valen aquí reglas especiales (cfr. §§ 83a, 314a)[60].

8. Delitos dolosos y delitos imprudentes

58 Independientemente de la **relación subjetiva** en la que se encuentra el autor respecto a la realización del tipo legal, especialmente si él ha producido el resultado de forma consciente y querida, o si solo se le puede reprochar una realización no querida debido a la inobservancia contraria al deber del debido cuidado, puede distinguirse entre **delitos dolosos** y **delitos imprudentes**. Esta distinción es significativa, entre otras cosas, para la punibilidad de la tentativa, que requiere una decisión al hecho y que, por lo tanto, solo es posible para delitos dolosos, así como para la punibilidad de los partícipes. En razón de la exigencia de accesoriedad establecida en §§ 26 s., solo es posible la participación en un delito doloso.

59 En el **caso n.° 1a**, el daño del reloj por parte de K configura un daño, sancionable de acuerdo con el § 303 I. Además, K está obligado a reparar los daños de acuerdo con las reglas del derecho civil (v. n. m. 4).

En el **caso n.° 1b**, vale lo siguiente:

1) A ha cometido un homicidio (§ 212). El desvalor de la acción de su hecho se agrava por su comportamiento alevoso (§ 211.II.2. grupo), el desvalor de la actitud interna se agrava por la concurrencia de un móvil bajo (§ 211.II, 1 grupo). (v. n. m. 30).

60 Más detalladamente, *Berz*, p. 125; *Mitsch*, Jura 12, 526; MK-*Radtke*, § 11 n. m. 109 y ss.; *Wolters*, Das Unternehmensdelikt, 2001, p. 33 y ss.

2) La provocación de B atenúa el desvalor de la actitud interna de la acción homicida (§§ 212, 213). (v. n. m. 30).
3) Como consecuencia de la petición por parte de B, se reduce drásticamente el desvalor de la actitud interna de la acción homicida; aquí viene a cuenta solo el tipo privilegiado del § 216. (v. n. m. 30).

En el **caso n.° 1c**, el § 99 también sigue siendo una falta (§ 12 III) si se configura un ejemplo general según el Abs. 2 (v. n. m. 35).

Jurisprudencia actual sobre el § 1:

— EGMR FamRZ 12, 937 (*Sentencia del incesto*): conformidad con la convención del § 173 II 2; cfr. n. m. 13.

— BGHSt 55, 206: admisibilidad del diagnóstico de preimplantación en casos de fecundación extracorporal de acuerdo con los criterios propios de la *Embryonenschutzgesetzes*; cfr. n. m. 16.

— BVerfG StV 15, 203 ("*Gorch Fock*"), con discusión, *Sachs*, JuS 15, 376: acerca de los requisitos para la existencia de una pretensión a la persecución penal en casos excepcionales; cfr. n. m. 10.

§ 2 La ley penal y su aplicación. Analogía e interpretación. Referencias internacionales

60 **Caso n.° 2**

a) J, un hombre soltero, ha descubierto un nuevo pasatiempo en la crianza de pájaros cantores autóctonos, que vende a aficionados. Mientras J descansa en su cama debido a una fuerte gripe, K, la enfermera que lo atiende, abre las puertas de la jaula para que los pájaros huyan. K es de la idea que los pájaros cantores deben estar en la naturaleza libre y no dentro de una jaula.
¿Es punible el comportamiento de K como hurto (§ 242) o como daños (§ 303)? **(n. m. 82 s., 122)**

b) ¿Es posible la aplicación analógica de estos preceptos penales? **(n. m. 84, 122)**

I. La función de garantía de la ley penal

61 De acuerdo con el art. 103.II GG, § 1 StGB, art. 7.I CEDH, un hecho solo puede ser sancionado si la punibilidad estaba prevista legalmente antes de

que el hecho haya sido cometido. Este **principio de legalidad** contiene una **reserva de ley** en un sentido jurídico-penal específico, que asegura la protección del ciudadano frente al ejercicio y extensión arbitrarios de la violencia punitiva estatal, y asegura que él pueda prever la prohibición jurídico-penal de su comportamiento[1]. De esto puede reconocerse que las normas penales no solo sirven a la legitimación de la imposición de penas al ciudadano. Más bien, un derecho penal necesariamente fragmentario (v. n. m. 15) también implica una declaración importante allí donde un comportamiento no cae bajo ningún tipo penal: ¡aquí no puede ser penado un individuo! Ese es el sentido de la afirmación de *v. Liszt*, según la cual la ley penal sería la "**Carta Magna del delincuente**"[2].

Este efecto limitador del principio de legalidad tiene validez ante todos. La discusión iniciada por *Jakobs* en el sentido de que las personas que se han apartado totalmente del ordenamiento jurídico (por ejemplo, terroristas[3], mafiosos, etc.) pueden ser "combatidas" mediante un **derecho penal del enemigo**, al menos parcialmente liberado de las vinculaciones propias del Estado de derecho; la cual pasa por alto la garantía de la dignidad humana y el derecho a un trato igualitario previstos en la Constitución y, por consiguiente, es inaceptable como justificación de "medidas de lucha" de esa clase[4]. 62

Para la **protección del autor**, el principio de legalidad contiene la garantía de que solo una ley escrita y suficientemente determinada puede fundamentar la punibilidad de un comportamiento y conminar con una pena como consecuencia jurídica. Además, los específicos requisitos de la punibilidad y de la sanción tienen que haber sido fijados en la ley antes de la realización del hecho[5]. 63

1 BVerfGE 28, 175, 183; 48, 48, 56; v. también *Kuhlen*, en: Hilgendorf, Gesetzlichkeitsprinzip, p. 45 y ss. y *Satzger*, Jura 16, 154.

2 V. *Liszt*, Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze, Bd. 2 (1892-1904), 1905 (Nachdruck 1970), p. 75 y ss. (80).

3 Respecto a la lucha contra el terrorismo: OLG München NJW 07, 2786; *Griesbaum/Wallenta*, NStZ 13, 396; *Neubacher*, Jura 10, 744; *Pawlik*, Der Terrorist und sein Recht, 2008; *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, 2012; *Zöller*, StV 12, 364.

4 V. *Jakobs*, ZStW 97 [1985], 751; *el mismo*, ZStW 117 [2005], 839; *el mismo*, HRRS 06, 289; *Muñoz Conde*, Über das "Feindstrafrecht", 2007; *Schick*, ZIS 12, 46; *Uwer*, Feindstrafrecht; zur Kritik: *Asholt*, ZIS 11, 180; *Bung*, HRRS 06, 63 y 317; *Demetrio Crespo*, ZIS 06, 413; *Fahl*, StraFo 06, 178; *Greco*, GA 2006, 96; *Hörnle*, GA 2006, 80; Jäger, Roxin II-FS, v. 71; *Kindhäuser*, Schroeder-FS, p. 81; *Paeffgen*, Amelung-FS, p. 81; *Saliger*, JZ 06, 756; *Scheffler*, Schwind-FS, p. 123 y ss.; *Sinn*, ZIS 06, 107, *Streng*, en: Vormbaum (Hrsg), Kritik des Feindstrafrechts, 2009, 181 y ss.; cfr. también *Wittig*, Roxin II-FS, p. 113.

5 BVerfGE 45, 363; 78, 374; *Brodowski*, JuS 12, 892; *Dannecker*, Otto-FS, p. 25; *Frister*, AT, 4. cap., n. m. 3; Kudlich/Montiel/Schuhr (eds.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012.

En detalle, de la **función de garantía de la ley penal** se desprende lo siguiente:

1. El principio de determinación

64 El **principio de determinación** se orienta, en principio, al legislador. Para cumplir con el fin del principio de legalidad, las leyes penales tienen que mostrar una medida de certeza suficiente (*nulla poena sine lege certa*) con relación a los tipos y a las consecuencias jurídicas. No se puede exigir —ya debido a las barreras lingüísticas— una precisión absoluta, ni tampoco puede establecerse un "valor mínimo" de esa certeza. Sin embargo, el legislador debe esforzarse en alcanzar la precisión más alta posible (**mandato de optimización**)[6]. La aplicación de cláusulas generales (por ejemplo, § 228[7], v. n. m. 560) y de conceptos necesitados de una complementación valorativa no está proscrita ya de entrada, puesto que el deber del legislador de crear tipos penales determinados no puede llevar a exigencias imposibles de cumplir, o a la creación de preceptos penales que, en la práctica, ya no sean manejables. Sin embargo, el alcance y el ámbito de aplicación de los preceptos penales tienen que ser, al mismo tiempo, suficientemente reconocibles para el destinatario de las normas. El texto de la ley tiene que ofrecer al ciudadano claridad acerca de lo que está prohibido para que así este pueda dirigir su comportamiento de acuerdo con ello. Por consiguiente, las características individuales del tipo delictivo tienen que estar descritas de un modo concreto, de modo que mediante la interpretación se pueda conocer su sentido y significado[8].

65 Debido a la importancia de la interpretación para valorar el grado de determinación, el mandato de determinación también se dirige a los jueces penales.

6 Cfr. BVerfGE 92, 1, 12; LK-*Dannecker*, § 1 n. m. 195; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 20; cfr. también *Fuchs*, AT I, 4. cap., n. m. 48 ("Richtschnur"); *Duttge*, JZ 14, 261, 264 s.

7 *Kühl*, Richter II-FS, p. 341, 347.

8 BVerfGE 45, 363, 371; 71, 108, 114; 117, 71, con anotaciones *Kinzig*, JR 07, 165; BVerfGE 126, 170; BGHSt 50, 105, 114; BGH NStZ-RR 15, 40 (respecto a la subsunción alternativa propia); *Dannecker*, Roxin II-FS, p. 285; *Gropp*, Goerlich-FS, p. 105; *Herzberg*, en: Hefendehl, Schünemann-Symposium, p. 31; *Kuhlen*, en: Murmann (ed.), *Recht ohne Regeln*, 2011, p. 19; respecto al principio de determinación en el derecho penal accesorio en relación con la problemática de las normas de remisión en blanco, *Saliger/Saucken/Graf*, ZRP 16, 55; desde una perspectiva comparada con el derecho penal internacional, v. también *Erne*, Das Bestimmtheitsgebot im nationalen und internationalen Strafrecht am Beispiel des Straftatbestands der Verfolgung, 2016.

En todo caso, respecto a los tipos redactados de forma relativamente imprecisa, también el BVerfG ha impuesto a los jueces penales, en su jurisprudencia más reciente, intervenir a favor de la garantía de la determinación del tipo: de acuerdo con esto los tribunales penales no pueden incrementar la inseguridad jurídica mediante interpretaciones poco precisas o amplias, sino más bien tienen que tratar de superar las imprecisiones existentes por la vía de la interpretación, tanto como sea posible (denominado **mandato de precisión**)[9]. Pero este mandato de precisión tampoco puede ser sobrevalorado. Una tal interpretación puede aportar a la previsibilidad del ciudadano recién cuando la jurisprudencia se ha consolidado (lo que dura algún tiempo); además, la jurisprudencia no puede "reparar", en general, las omisiones del legislador. De ahí que este mandato de precisión dirigido a los jueces tiene en todo caso solo una importancia **subsidiaria** en comparación con la obligación —prioritaria— para el legislador de fijar la punibilidad tanto como sea posible en el texto de la ley[10].

Respecto al principio de determinación, por ejemplo, se considera que no están exentos de problemas (ya sea completamente o respecto a algunos elementos), la regulación de la punibilidad de la omisión (§ 13, v. n. m. 980 y ss.), así como los tipos penales de injuria (§ 185)[11], preparación del espionaje de datos (§ 202c.I Nr 2 en conexión con el § 202a)[12], coacción (§ 240)[13], lavado de dinero (§ 261)[14], estafa (§ 263)[15] y abuso de confianza (§ 266)[16].

9 BVerfGE 126, 170, 198; al respecto *Neumann*, Beulke-FS, p. 197, 205 y ss.

10 Similar también S/S-*Eser/Hecker*, § 1 n. m. 20; muy crít. MK-*Schmitz*, § 1 n. m. 48; respecto a los conflictos con una "interpretación orientada normativamente", cfr. *Engländer*, en: Engländer et al, Strafverteidigung, p. 85, 86.

11 Al respecto, *Ignor*, Der Straftatbestand der Beleidigung, 1995, p. 158.

12 BVerfG JR 10, 79; al respecto, *Holzner*, ZRP 09, 177; *Kudlich*, JA 09, 739.

13 Dazu BVerfGE 73, 206; 92, 1; 105, 135; BVerfG JZ 11, 685, con obs. *Offenloch* und Bespr. *Jäger*, JA 11, 553; *Jahn*, JuS 11, 562 y *Sinn*, ZJS 11, 283; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 240 n. m. 2; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 381.

14 BGH NJW 08, 2516, 2517.

15 BVerfGE 130, 1, con obs. *Jahn*, JuS 12, 266; *Kraatz*, JR 12, 329; *Kudlich*, JA 12, 230; *Peglau*, wistra 12, 368; *Schlösser*, NStZ 12, 473; *el mismo*, NStZ 13, 629; *Steinsiek/Vollmer*, ZIS 12, 586 y *Waßmer*, HRRS 12, 368.

16 BVerfGE 126, 170; al respecto, *Böse*, Jura 11, 617; BVerfG NJW 13, 365; *Hüls*, NZWiSt 12, 12; *Krüger*, NStZ 11, 369; *Kuhlen*, JR 11, 246; *Mitsch*, JA 14, 1, 4 s.; *Safferling*, NStZ 11, 376; *Saliger*, NJW 10, 3195; *Schulz*, Roxin II-FS, p. 305; BVerfG JR 09, 290; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 750; v. también *Bott/Krell*, ZJS 10, 694, 695.

2. La prohibición de retroactividad

66 Ni el legislador ni el juez pueden atribuir a las leyes que fundamentan la pena, así como a las que la agravan, una vigencia retroactiva (*nulla poena sine lege praevia*). Esta **prohibición de retroactividad** alcanza al si y al cómo de la punibilidad[17].

La prohibición de aplicación retroactiva vale para todo el ámbito del derecho penal material[18], pero no para el derecho procesal penal. En consecuencia, está permitido aplicar retroactivamente la eliminación de la exigencia de una denuncia de parte como requisito para la persecución penal[19], o prolongar retroactivamente los plazos de prescripción no expirados o la extinción de la prescripción para los asesinatos aún no prescritos[20]. Sin embargo, aquí tiene que atenderse a que el **principio del Estado de derecho** excluye la retroactividad en perjuicio del afectado de las modificaciones legislativas para los asuntos ya cerrados[21].

67 En ese sentido, los requisitos de la punibilidad y las consecuencias penales tienen que haber estado previstos en la ley antes de la **comisión del hecho**. De acuerdo con el § 8, un hecho se reputa cometido en el momento en el que el autor o el partícipe ha actuado o, en el caso de la omisión, en el momento en el que habría tenido que actuar, independientemente del momento en el que se produce el resultado[22].

68 Por consiguiente, la pena y sus consecuencias accesorias se determinan de acuerdo con la ley vigente **al momento de la comisión hecho** (§ 2.I), a menos que corresponda una regla especial del § 2 II-IV. Esto significa, entonces, que cuando se produce una modificación legislativa con posterioridad a la realización del hecho, pero antes de la condena, solo se puede aplicar la ley más favorable desde la perspectiva del autor (principio de la ***lex mitior***, § 2.III)[23]. Algo similar vale para el comiso, embargo e inutilizabilidad (§ 2.V).

17 BGHSt 39, 1, 29.

18 Igualmente, en el derecho de contravenciones, §§ 3, 4 OWiG; al respecto, así como en general sobre la prohibición de retroactividad, *Blaue*, ZJS 14, 371.

19 BGHSt 6, 155.

20 Sobre la problemática, *Beulke*, StPO, n. m. 8, 14.

21 BVerfGE 25, 269, 289; 46, 188, 192.

22 De un modo distinto, el § 9 para el lugar de comisión y el § 78a para el inicio de la prescripción.

23 BGH wistra 15, 148; ampliamente, *Satzger*, Jura 06, 746; respecto al § 2 III y sobre la problemática de las leyes temporales en el sentido del § 2 IV S/S-*Eser/Hecker*, § 2 n. m. 34; *Blaue*, ZJS 14, 371; *Gaede*, wistra 11, 365; MK-*Schmitz*, § 2 n. m. 49 y ss.; NK-*Hassemer/Kargl*, § 2 n. m. 46 y ss.; *Satzger*, Kühl-FS, p. 407.

En cambio, en general, respecto a las **medidas** de corrección y de aseguramiento, se puede decidir de acuerdo con la ley que está vigente al **momento de la sentencia** (§ 2.VI). De acuerdo con esta decisión legislativa, es posible, por lo tanto, que con ocasión de un hecho punible se imponga una medida de seguridad que no estaba prevista legalmente en el momento del hecho o estaba prevista de una forma distinta[24]. Respecto al art. 103.II GG, esto no está naturalmente exento de dudas. A favor de la constitucionalidad del § 2.VI se aduce que los fines preventivos de las medidas de seguridad se apartan del carácter represivo de la pena[25]; según otra opinión, este precepto es contrario a la Constitución[26]. 69

El **TEDH** ha considerado a la **custodia de seguridad** (alemana) como una pena en el sentido del art. 7.I CEDH, debido a su grave intensidad y a que, en la práctica, su ejecución no guarda mucha diferencia en comparación con la ejecución de la pena y, además, ha considerado que se infringe la convención con la supresión posterior y retroactiva de la duración máxima (originalmente limitada a 10 años) de la custodia de seguridad[27]. Sin embargo, incluso luego de esta sentencia del TEDH (en la que yace un concepto de la pena autónomo y adecuado a la convención), el BVerfG no se aparta de su opinión, según la cual la custodia de seguridad no constituiría una pena en el sentido del art. 103.II GG. A pesar de ello, ha declarado —contrariamente a su anterior línea jurisprudencial[28]— la incompatibilidad con la Constitución (interpretada conforme a la convención) de diversos preceptos referidos a la disposición y duración de la custodia de seguridad, y se ha encargado al legislador una reforma de los preceptos afectados[29]. Entretanto, en el marco de la realización de este encargo, se ha promulgado la denominada *Gesetz zur bundeseinheitlichen Umsetzung des Abstandsgebotes im Recht der Sicherungsverwahrung*, que entró en vigencia el 1 de junio del 2013[30]. Aun cuando, a través de ello, el carácter preventivo de la custodia de seguridad también fue implementado de manera práctica, el TEDH considera todavía la custodia de seguridad alemana,

24 Cfr., al respecto, BVerfGE 109, 133, 167 ss.; BGHSt 5, 168, 173; 24, 103.

25 Maunz/Dürig-*Schmidt-Aßmann*, GG, Art. 103 n. m. 244; S/S-*Eser/Hecker*, § 2 n. m. 40.

26 NK-*Hassemer/Kargl*, § 2 n. m. 60 s.; wohl SK-*Rudolphi/Jäger*, § 2 n. m. 18 s.

27 EGMR NJW 10, 2495 y ss.; al respecto, *Esser/Gaede/Tsambikakis*, NStZ 11, 78, 79 y ss.; *Eschelbach*, NJW 10, 2499; *Hörnle*, Rissing-van Saan-FS, p. 239; *Jung*, GA 2010, 639; *Kinzig*, NStZ 10, 233; *Klesczewski*, HRRS 10, 394; *Laue*, JR 10, 298; *Payandeh/Sauer*, Jura 12, 289; *Radtke*, NStZ 10, 537; más profundamente, *Renzikowski*, Krey-FS, p. 407; *el mismo*, ZIS 11, 531.

28 Cfr. BVerfGE 109, 133.

29 BVerfGE 128, 326, 372 y ss. y 404; confirmado mediante BVerfG EuGRZ 12, 458, 463 s.; al respecto, *Eisenberg*, StV 11, 480; *Esser*, JA 11, 727; *Kreutzer/Bartsch*, StV 11, 472; *Peglau*, JA 11, 727; *Renzikowski*, Ad legendum 11, 401; *Satzger*, StV 13, 243; *Schöch*, GA 2012, 14; *Streng*, JZ 11, 827; *Voßkuhle*, Frisch-FS, p. 1359; *Zabel*, JR 11, 467; v. también BGH NStZ-RR 12, 205.

30 V., al respecto, *Köhne*, KJ 13, 336; *Pollähne*, StV 13, 249; *Renzikowski*, NJW 13, 1638; *Zimmermann*, HRRS 13, 164.

en principio, como una "pena" en el sentido del art. 7.I CEDH. Sin embargo, cuando la necesidad de prevención se basara en un trastorno psíquico —y, por eso, el carácter médico-terapéutico estuviera en el centro de la custodia de seguridad— cambiaría su esencia; ella ya no sería más una "pena" en el sentido del art. 7.I CEDH, por lo cual, en esos casos, sería posible una extensión ulterior, con efectos retroactivos[31].

70 La **variación de la jurisprudencia de la instancia judicial de mayor jerarquía** que se produce como consecuencia de una variación de la doctrina jurídica o con base en nuevos conocimientos, de ninguna forma está sometida a la prohibición de retroactividad, pues el objeto de referencia de la prohibición de retroactividad solo está constituido por el texto del precepto penal y porque la variación de la jurisprudencia no lleva a la modificación de su contenido, sino solo a su adecuada comprensión[32].

Sin embargo, una acentuación de la relevancia de la interpretación judicial para la determinabilidad del tipo por medio del mandato de determinación, podría abrir un cambio de criterio. En ese sentido, el BVerfG mismo ha indicado que para aquellos preceptos penales con una formulación legal especialmente imprecisa, la **protección de la confianza legítima** mediante la variación de la jurisprudencia podría alcanzar una especial relevancia[33]. Del fin de protección del art. 103. II GG y del principio de compatibilidad de la Constitución con el derecho internacional público (art. 25 GG), se sigue que la prohibición de retroactividad, pensada más bien para la situación normal de un Estado de derecho, no brinda ninguna protección a los mandos políticos de un Estado frente a su posterior persecución penal por causa de graves infracciones contra los derechos humanos (crímenes del nacionalsocialismo o, por ejemplo, el caso de los disparos en el muro en la DDR). En ese sentido, la mayoría de las veces se recurre a la denominada "fórmula de la intolerabilidad" del filósofo del derecho *Gustav Radbruch* (1878-1949), según la cual la ley en tanto "derecho

31 EGMR HRRS 16 Nr 101 (*Bergmann vs. Deutschland*).

32 BVerfG NStZ 90, 537; BGHSt 21, 157; *Krey/Esser*, AT, n. m. 72 y ss.; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 52; crít. *Hettinger/Engländer*, Meyer-Goßner-FS, p. 145; *Neumann*, ZStW 103 [1991], 331; diferenciadamente, *Ranft*, JuS 92, 468.

33 BVerfGE 126, 170, 198 s.; BVerfG Beschl. del 16.05.2011, 2 BvR 1230/10 n. m. 15 y ss., cfr. al respecto, *Kuhlen*, HRRS 12, 114; *Leite*, GA 2014, 220; *Neumann*, Beulke-FS, p. 197; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 52b, § 2 n. m. 8.

injusto" tiene que ceder ante la justicia cuando su contrariedad con esta alcanza una medida intolerable[34].

3. Derecho consuetudinario y analogía

La prohibición de recurrir al **derecho consuetudinario** y a la **analogía** se dirige tanto al legislador como también al juez, siempre que esto sea en perjuicio del afectado. En ese sentido, no se pueden establecer nuevos tipos penales, ni agravar o ampliar tipos penales ya existentes (*nulla poena sine lege scripta et stricta*). 71

El **derecho consuetudinario** surge mediante una práctica constante y portadora de una conciencia jurídica general llevada a cabo por parte de la comunidad interesada en la regulación jurídica[35]. La **analogía** es la extensión de una regla jurídica a un caso no regulado por la ley o que no está abarcado por el texto legal[36]. 72

La **prohibición de analogía** abarca todos los elementos de una ley penal de los que depende la punibilidad de una conducta, así como las consecuencias jurídicas del hecho, incluyendo las medidas de corrección y de aseguramiento[37].

Asimismo, no está permitida la restricción de preceptos que favorecen al autor (por ejemplo, una causa de justificación prevista legalmente) más allá del texto (más detalladamente, cfr. n. m. 394 y ss.). Por el contrario, es posible una analogía **a favor** del autor o del partícipe (por ejemplo, la extensión de las causas de exclusión de la pena, de las causas de exención de la pena o de las causas de atenuación de la pena a casos similares[38]). Lo mismo vale para la creación de derecho consuetudinario que restringe la sanción penal (por ejemplo, el reconocimiento del entonces aún no previsto error de prohibición inevitable como causa de exclusión de la culpabilidad por medio de la sentencia BGHSt 2, 194). Naturalmente por la vía de la analogía solo se pueden integrar **vacíos legales involuntarios**; por lo con- 73

34 *Radbruch*, SJZ 46, 105; sobre este, *Hillenkamp*, en Baldus/Kronke/Mager (eds.), Heidelberger Thesen zu Recht und Gerechtigkeit, 2013, p. 401; cfr. también *Schünemann*, Kühl-FS, p. 457.

35 BVerfGE 22, 114, 121.

36 BVerfGE 82, 6.

37 BGHSt 18, 136, 140; BGH NJW 07, 524; *Krey/Esser*, AT, n. m. 97; más detalladamente, *Krey*, Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht, 1977, p. 215; cfr. también *Greco*, GA 2012, 452; *el mismo*, zum Analogieverbot und dem europarechtlichen Strafgesetz GA 2016, 138; respecto a la prohibición del uso de un símbolo perteneciente al derecho de asociaciones, BGH NJW 15, 3590, cfr. también con anotaciones *Eisele*.

38 BGHSt 6, 85; 11, 324.

trario, ya desde el principio no hay espacio para la analogía cuando la regulación legal tiene un carácter concluyente. En ese sentido, por ejemplo, no puede aplicarse analógicamente el § 248a en los casos de la caza furtiva (§ 292)[39].

74 Para la **parte general** del StGB —que, al final de cuentas, solo contiene las reglas generales que "se hallan entre paréntesis"— tiene, al menos, que valer igual el principio de prohibición de derecho de creación judicial y de derecho consuetudinario en perjuicio del autor[40]. Sin embargo, en vista de la complejidad de la materia, el legislador no ha regulado conscientemente diversas cuestiones individuales (como, por ejemplo, la suposición errónea de circunstancias fácticas justificantes o la delimitación entre dolo e imprudencia) y, más bien, la aclaración de esto ha sido dejada a una interpretación de las normas disponibles por medio de la jurisprudencia y de la ciencia, que resulte conforme al sistema y coherente desde el punto de vista de la dogmática jurídico-penal. No obstante, la complejidad de las regulaciones en la parte general solo justifica un grado de abstracción más alto de las normas, a cuya concretización se encuentran obligados los tribunales a través del mandato de precisión (v. n. m. 65). De allí que un recurso al derecho consuetudinario en el ámbito de la parte general, con efectos perjudiciales para el autor (como, por ejemplo, para la fundamentación de la figura jurídica de la *actio libera in causa*, v. n. m. 633 y ss.), esté excluido.

II. Analogía e interpretación

1. Delimitación entre analogía e interpretación

75 Toda **norma jurídica** requiere **interpretación**. Sin embargo, debido a sus contornos poco nítidos, los límites entre una interpretación permitida y una analogía prohibida son, con frecuencia, difíciles de determinar. Mientras que la interpretación únicamente busca aclarar el adecuado contenido de significado de las normas jurídicas o de los conceptos jurídicos y se limita a una aclaración del sentido, la analogía abandona el marco inmediato de aplicación demarcado por el propio precepto jurídico. **El**

39 LK-*Schünemann*, § 292 n. m. 3 y § 294 n. m. 1.

40 Cfr. LK-*Dannecker*, § 1 n. m. 82 y ss.; *Jakobs*, AT, 94/9 *el mismo* Jura 16, 154, 156; MK-*Schmitz*, § 1 n. m. 1, 25; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 35.

fin de la interpretación es aclarar el sentido de la ley y, dado el caso, la adecuación de esta a las necesidades y perspectivas cambiantes de la actualidad. Por el contrario, **el fin de la analogía** es **cubrir los vacíos legales** mediante la ampliación y perfeccionamiento de una regla jurídica (nueva creación jurídica).

De acuerdo con ello, la interpretación y la analogía se distinguen, en principio, solo respecto a su función, puesto que ambas se parecen en cuanto al método y se sirven de los mismos medios para el establecimiento de la relación entre una norma jurídica y determinados hechos[41]. El sentido literal de la ley[42] sirve como punto formal de orientación de esta delimitación frecuentemente compleja.

2. Los métodos de la interpretación

Toda interpretación parte del texto de la ley de la mano del uso natural y específicamente jurídico del lenguaje, es decir, de la denominada **interpretación gramatical**[43]. Si el texto posee diversos significados posibles, viene en consideración, como medio adicional de interpretación, el proceso de surgimiento de la ley, o sea, la denominada **interpretación histórica**[44], y la relación sistemática en la ley como un todo, a saber, la **interpretación sistemática**[45]. Por lo demás, a la cuestión referida al especial fin de protección de la ley y al sentido y finalidad objetivos de esta, es decir, al **método de interpretación teleológico-objetivo**[46], le corresponde una especial relevancia. En ese sentido, tiene que determinarse el bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal y darse prioridad a la interpretación que logre una mejor protección de aquel[47]. No existe una relación de jerarquía rígida entre los distintos métodos de interpretación, antes bien, todas ellos se encuentran en el mismo rango y

76

41 AnwK-StGB-*Gaede*, § 1 n. m. 33; *Kuhlen*, Otto-FS, p. 89, 96; *Maurach/Zipf*, AT/1, § 9 n. m. 24; SK-*Rudolphi/Jäger*, § 1 n. m. 22, 35.

42 SK-StGB-*Rudolphi/Jäger*, § 1 n. m. 35; *Krey/Esser*, AT n. m. 80; más ampliamente, *Klatt* en Kudlich/Montiel/Schuhr (ed.), Gesetzlichkeit und Strafrecht, 2012, p. 121.

43 BGHSt 14, 116, 118; 52, 89, 92; *Kudlich*, Puppe-FS, p. 123.

44 BGHSt 11, 47; 41, 219; *Schroth*, en: Insel der Vernunft, *Liber Amicorum für Jochen Schneider*, p. 14.

45 BGHSt 5, 263; 15, 28; NK-*Hassemer/Kargl*, § 1 n. m. 107.

46 BVerfGE 1, 299; 11, 126, 130; BGHSt 17, 21, 23; 24, 40; BGH JZ 15, 152; gráficamente sobre el § 265ª, *Exner*, JuS 09, 990; cfr., además, *Kudlich*, ZStW 115 [2003], 1 (orientado al marco de la pena); *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, p. 401 y ss.

47 V. solo *Murmann*, Grundkurs, § 8 n. m. 10.

se complementan[48]. Esto tiene como consecuencia que, bajo determinadas circunstancias, el mismo elemento típico sea interpretado en el marco de una ley de un modo distinto[49].

77 Para las relaciones siempre cambiantes no tiene relevancia la forma en la que el legislador histórico ha entendido originalmente el concepto a interpretar (como defiende la teoría subjetiva), pues lo que resulta vinculante para el juez no es la voluntad del legislador, sino la voluntad objetiva de la ley (teoría objetiva[50]). La cuestión de si el sentido y fin de la ley habilita una interpretación más amplia (interpretación extensiva) o una más limitada (interpretación restrictiva) depende del caso concreto. En tal sentido, el § 238 y el § 266 requieren de una interpretación restrictiva[51]; por el contrario, el § 184b.IV y el § 259 son interpretados de forma extensiva por la jurisprudencia[52]. También la Constitución, así como el derecho de la Unión Europea pueden exigir una determinada interpretación, si todo otro resultado interpretativo fuera incompatible con la Constitución o con el derecho comunitario (interpretación "**conforme a la Constitución**"[53] o "**conforme al derecho comunitario**"[54]). En ningún caso una interpretación extensiva puede rebasar el sentido literal posible como límite máximo del significado gramatical[55].

48 S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 48; según *Jescheck/Weigend*, AT, § 17 IV 1b, la opinión dominante le asigna a la interpretación teleológica la mayor relevancia; de otra opinión, MK-*Schmitz* § 1 n. m. 93: primacía de la interpretación histórico-subjetiva.

49 Cfr., respecto al elemento típico "veneno", en StGB *Satzger*, Jura 15, 580.

50 BGHSt 10, 157, 159; 26, 156, 159; OLG Dresden NJW 06, 1013; AnwK-StGB-*Gaede*, § 1 n. m. 35; crít. *Duttge*, Krey-FS, p. 39, 54 s.

51 Respecto al § 266: BVerfGE 126, 170; BGHSt 22, 190; respecto al § 238: BGHSt 54, 189 y *Jahn*, JuS 10, 81.

52 Respecto al § 259: BGHSt 27, 45; al § 184b IV: OLG Hamburg NJW 10, 1893; con críticas, *Hecker*, JuS 10, 928.

53 Cfr. sobre el § 211: BVerfGE 45, 187; respecto al § 130 IV: BVerfG JZ 10, 298, con obs. *Hörnle*; respecto al § 86a (*Anti-Nazi-Aufkleber*): BGHSt 51, 244, 249; *Kudlich*, JZ 03, 127; *Kuhlen*, Auslegung.

54 EuGH Rs 45/08, *Spector Photo Group und van Raemdonck*, Slg. 2009 I, 12073 con críticas *Begemeier*, HRRS 13, 179; EuGH Rs 80/86, *Kolpinghuis Nijmegen*, Slg. 1987, 3969; BGHSt 37, 333; 54, 216, 223 y ss.; BGH NStZ 08, 146; cfr. también BGH NJW 14, 2595, 2596 y ss.; con discusión, *Hecker*, JuS 14, 385 y *Rönnau/Wegner*, JZ 14, 1064, así como con anotaciones críticas, *Satzger*, v. Heintschel-Heinegg-FS, p. 391, 393 s.; más profundamente, al respecto, en general, *Satzger*, International, § 9 n. m. 89 y ss.

55 BVerfGE 92, 1; BVerfG NJW 07, 1666 (con relación al § 142 II), al respecto, *Kudlich*, Stöckel-FS, p. 93; *Mitsch*, NZV 08, 217; BVerfG JR 09, 206 (con relación al § 113), con obs., *Kudlich* und *v. Heintschel-Heinegg*, JA 09, 68; BGHSt 22, 235; 29, 129, 133; 52, 89, 92; OLG Nürnberg NJW 10, 2071 y OLG Bamberg NJW 08, 1543 (con relación

Este sentido literal tiene que encontrarse, en general, en la comprensión general del lenguaje. Un significado distinto (más estricto), propio del lenguaje técnico-científico, puede tener relevancia, en todo caso, en el ámbito de un derecho penal altamente especializado, pero no en el derecho penal general (por ejemplo, los hongos también son "plantas" en el sentido del derecho penal de estupefacientes, mientras que estas son tratadas en la biología como grupo *sui géneris*)[56].

Últimamente, el BVerfG exige que la interpretación de los conceptos de los que se ha valido el legislador para determinar el comportamiento punible no lleve al final a perder la limitación de la punibilidad alcanzada de esa manera. Es decir, que tampoco dentro del marco del sentido literal está permitido interpretar los elementos típicos individuales de una manera tan amplia que conduzca a que ellos tengan que abarcar forzosamente todo ese ámbito de sentido (la denominada prohibición de ausencia de límites)[57]. **78**

Ejemplo: En el abuso de confianza (§ 266) no puede concluirse ya la producción de un daño (consistente en o una puesta en peligro) como consecuencia de la infracción del deber[58].

También se recurre a la adecuación social de un comportamiento como principio de una interpretación legal restrictiva del tipo y orientada al tipo del delito (v. n. m. 258)[59]. **79**

al § 168; casos de *Zahngold*), con obs. *Kudlich/Christensen*, JR 11, 146 y *Rudolph*, JA 11, 346; crít., MK-*Schmitz*, § 1 n. m. 74; NK-*Hassemer/Kargl*, § 1 n. m. 81 y ss.; respecto a una interpretación normativa, *Engländer*, en: Engländer et al, Strafverteidigung, p. 85 y ss., *Schroeder*, JZ 11, 187 y especialmente crít. *Saliger*, JZ 12, 723.

56 BVerfG StraFo 09, 526; BGH NJW 07, 524, con obs. *Scheffler*, Puppe-FS, S. 217; *Montiel/Ramírez*, ZIS 10, 618 y ss.; Lackner/*Kühl-Kuhl*, § 1 n. m. 2; *Satzger*, JK 5/07, GG art. 103/2; cfr. también *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, 2005, p. 111 y ss.

57 BVerfGE 126, 170, 198; BVerfG NJW 13, 365, 366; en principio ya en BVerfGE 92, 1, 16 y ss.; de acuerdo con BGH NStZ-RR 15, 40, 41, la así denominada *Verschleifungsverbot* no resulta infringida en la subsunción alternativa; sin embargo, v., al respecto, la resolución divergente de la 2.ª Sala Penal de la Sala Plena de Asuntos Penales en HRRS 16 Nr 71.

58 V. solo BVerfG NJW 13, 365, 366.

59 OLG München NStZ 85, 549; *Dölling*, Otto-FS, p. 219; *Eser*, Roxin-FS, p. 199; *Hillenkamp*, Vorsatztat und Opferverhalten, 1981, p. 155; *Otto*, Amelung-FS, p. 225; *Park*, JuS 99, 887, 891; *Roxin*, AT I, § 10 n. m. 33 y ss.; respecto a la "Sportadäquanz", *Hirsch*, Szwarc-FS, p. 559; *Schild*, p. 118.

80 De vez en cuando, en el derecho penal la interpretación se basa en la regulación de otra rama jurídica y en el uso lingüístico propio de ese ámbito. De acuerdo con esto, son "cosas", en el sentido del §§ 242 y ss., solo aquellos objetos corpóreos cuya "ajenidad" (como en el § 90 BGB; para el caso particular de los animales v. n. m. 82) en relación con el autor se rige por los preceptos del derecho civil referidos a la adquisición y pérdida de la propiedad (§§ 929 y ss. BGB[60]). Sin embargo, esto no es en absoluto la regla, sino siempre una cuestión reservada a cada caso concreto. En principio, la creación de conceptos jurídico-penales es de naturaleza **independiente**, de modo que en la interpretación de leyes penales solo tiene relevancia su función de protección y no el significado jurídico que posee el respectivo elemento típico fuera del ámbito del derecho penal.

81 **Ejemplo:** Un concebido es "persona" en el sentido de la protección jurídico-penal de la vida recién o ya con el *inicio* del parto, es decir, en términos del curso regular de un parto, solo con la aparición de las contracciones[61]. En cambio, para el § 1 BGB, lo decisivo es la finalización del parto. Algo similar vale para otros conceptos como, por ejemplo, el concepto de bosques en el sentido del § 306.I Nr. 5[62], del veneno (por ejemplo, en §§ 89a.II Nr 1, 224.I Nr 1, 326.I Nr 1)[63] o del patrimonio en los §§ 253, 263, 266[64].

82 En el **caso n.° 2a**, los pájaros cantores de propiedad de J eran para K una "cosa ajena mueble" en el sentido del § 242.

En el marco de la protección jurídico-penal de la propiedad, parece inconcebible considerar a los animales como "cosas", puesto que ellos están sometidos al dominio de las personas y el ordenamiento jurídico toma en consideración la peculiaridad de los animales como seres vivientes animados a través de la *Tierschutzgesetz* y otros preceptos especiales (cfr., al respecto, § 90a BGB; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 18).

Sin embargo, aquí falta una acción de sustracción por parte de K. Una sustracción en el sentido del § 242 implica una extinción de la posesión sobre el bien y la instauración de una nueva posesión. Posesión es la posesión fáctica respecto a una cosa orientada por la voluntad de dominio (más detalladamente, *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 82). Aunque K ha originado que la posesión de J se haya extinguido, sin embargo, con la

60 BGHSt 6, 377; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 79 s.

61 BGHSt 31, 348; en profundidad, *Sowada*, GA 2011, 389.

62 Cfr. sobre el § 308 sobre todo: BGHSt 31, 83.

63 V. exhaustivamente, respecto a la interpretación, *Bosch*, Jura (JK) 15, 1393 (elemento típico "ceniza") oder *Satzger*, Jura 15, 580 (elemento típico "veneno").

64 BGHSt 34, 199, 203; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 530 y ss.

liberación de los pájaros cantores no se ha producido una nueva posesión (ni propia ni ajena). Como consecuencia de ello, no es posible una sanción por hurto (§ 242).

Aquí surge la cuestión referida a si la liberación de los pájaros cantores ajenos (autóctonos) se puede entender como "daños materiales" (§ 303). 83

Los pájaros cantores autóctonos también pueden sobrevivir en estado de libertad. En consecuencia, la opinión dominante considera que dejarlos volar solo constituye una (mera) **desposesión**[65] no punible, mientras que una opinión minoritaria considera que para el concepto de destrucción o de daño basta[66] con frustrar de cualquier modo el fin fijado por los sujetos legitimados.

Si bien es correcto que el § 303 no requiere necesariamente que se afecte la sustancia de la cosa (RGSt 74, 14; BGHSt 13, 207; 29, 129), sin embargo, la mencionada opinión minoritaria excede ya el límite impuesto por el texto de la ley a una interpretación extensiva, al querer prescindir de toda afectación inmediata o mediata del autor sobre la cosa misma para el concepto de daño.

En ese sentido, K tampoco ha incurrido en el delito de daños (§ 303).

Caso n.° 2b

Puesto que la **prohibición de analogía** (art. 103 II GG, § 1 StGB) protege a K de una sanción con base en una aplicación análoga de los mencionados preceptos, J está limitado a la protección jurídica proporcionada por el derecho civil (§§ 823, 249 o 280.I, 241.II, 249 BGB). 84

III. El ámbito de vigencia del derecho penal alemán

1. El ámbito de vigencia internacional

a) Los §§ 3-7, 9 brindan los criterios referidos al ámbito de vigencia del derecho penal material alemán respecto a los hechos con implicancias internacionales. A diferencia de las normas de colisión del derecho internacional privado alemán, que se ocupan, a través del art. 3 y ss. EGBGB, de la cuestión respecto a qué derecho nacional tiene que ser sometida la solución de los hechos, los §§ 3 y ss. del StGB parten del hecho de que los jueces alemanes aplican **siempre el derecho penal alemán** en el marco de su jurisdicción penal. La medida en la que le está permitido a un Estado aplicar y extender su propia jurisdicción penal viene determinada a través de las reglas del derecho internacional, las cuales exigen que, en los casos con implicancias internacio- 85

65 RGSt 20, 182, 185; LK-*Wolff*, § 303 n. m. 15; S/S-*Stree/Hecker*, § 303 n. m. 8, 12.

66 *Maurach*, BT, 5. ed. 1969, p. 191.

nales, el Estado que conmina con una pena o que sanciona disponga de un **punto de conexión** legitimador (***genuine link***) respecto a los hechos[67].

86 Como puntos de conexión reconocidos en el derecho internacional vienen en consideración, sobre todo, el lugar de comisión (principio de territorialidad), la nacionalidad del autor o de la víctima (principio de personalidad activa o pasiva), la protección de determinados bienes jurídicos nacionales (principio de protección) o de intereses de carácter universal (principio de justicia universal), así como el principio de justicia supletoria. La concreta configuración del derecho de un Estado a aplicar la pena se basa, la mayoría de las veces (como en los §§ 3 y ss.), en una combinación entre estos distintos puntos de conexión[68].

87 **aa)** De acuerdo con el **principio de territorialidad** (Gebietsgrundsatz), un Estado puede aplicar su jurisdicción penal a todos aquellos hechos cometidos dentro de su territorio. Aquí no es relevante la nacionalidad del autor o de la víctima. Este principio reconocido de forma general y dominante en el ámbito internacional, se basa en la consideración de que todos tienen que respetar las leyes del Estado en el que se encuentran. En el derecho alemán, los §§ 3, 9 constituyen una manifestación del principio de territorialidad.

88 En cuanto al lugar de comisión, el § 9 prevé el **principio de ubicuidad**, el cual no está exento de objeciones debido a su extensión: el hecho es cometido en todo aquel lugar en el que el autor (o un coautor[69]) ha actuado o, en caso de la omisión, en el que habría tenido que actuar, o en el que el resultado típico se ha producido o se debía producir de acuerdo con la representación del autor (§ 9.I)[70]. La participación se presume cometida

67 BGHSt 27, 30; 34, 334.

68 MK-*Ambos*, Vor §§ 3-7 n. m. 17 y ss.; *Pawlik*, ZIS 06, 274; *T. Walter*, JuS 06, 870 y 967; crít. respecto a las consecuencias de una extensión del poder punitivo nacional de la mano de ejemplos actuales, *Kudlich/Hoven*, ZIS 16, 345 y ss.; respecto a las cuestiones referidas a la aplicación del derecho penal relacionadas con el caso del avión de Germanwings que fue estrellado en los Alpes franceses en 2015, v. *Mitsch*, JuS 15, 884 (885 s).

69 BGHSt 39, 88; en profundidad, *Rotsch*, ZIS 10, 168, 172 s.

70 BGHSt 45, 97, 100; con obs. en contra *Neumann*, StV 00, 425; KG NJW 06, 3016; sobre la problemática en los delitos de peligro, KG NJW 99, 3500; B. *Heinrich*, Weber-FS, p. 91; *Satzger*, NStZ 98, 113; *Velten*, Rudolphi-FS, p. 329; especialmente sobre delitos en Internet: BGHSt 46, 212; con obs. *Jeßberger* JR 01, 432; BGH NStZ 15, 81 con obs. *Becker* y *Busching*, MMR 15, 295 y discusión *Satzger*, Jura (JK) 15, 1011, así como F. *Zimmermann*, HRRS 15, 441; *Kudlich*, StV 01, 397; crít. *Heghmanns*, JA 01, 276; *Hilgendorf*, ZStW 113 [2001], 650; *Koch*, JuS 02, 123; *Park*, GA 2001, 23; *Sieber*, ZRP 01, 97; AnwK-StGB-*Zöller*, § 9 n. m. 18; sobre la "aplicación intertemporal del derecho penal" en el caso *Demjanjuk*, cfr. *Burchard*, HRRS 10, 132.

tanto en el lugar del hecho principal como también en todo aquel lugar en el que el partícipe ha actuado o, en caso de la omisión, en el que habría tenido que actuar, o en el que el hecho principal debía producirse de acuerdo con su representación (§ 9.II.1). Si el partícipe interviniente en un hecho del extranjero ha actuado dentro del país, entonces, la participación se rige de acuerdo con el derecho penal alemán aun cuando el hecho principal no tenga conminada una pena en el derecho del lugar en el que se produce el hecho (§ 9.II.2)[71].

bb) Estrechamente ligado con el principio de territorialidad se encuentra el denominado **principio del pabellón**. De acuerdo con este principio, el Estado puede aplicar su jurisdicción penal a todos los hechos cometidos a bordo de una embarcación que lleve su bandera o de una aeronave que esté autorizada a llevar sus símbolos nacionales (cfr. respecto al derecho alemán el § 4). 89

cc) De acuerdo con el **principio de personalidad activa**, un Estado también puede aplicar su jurisdicción penal a las acciones cometidas por sus ciudadanos en el extranjero. Este punto de conexión (enraizado con el antiguo derecho tribal) se deriva de la vinculación del individuo al ordenamiento jurídico de su lugar de procedencia y de la jurisdicción del Estado sobre sus ciudadanos. 90

Actualmente, en el StGB el principio de personalidad activa se encuentra de forma ilimitada solo respecto a determinados delitos, por ejemplo, en los § 5 Nr 8b, 9 lit a), 15 lit a) y 17[72]. Además, de acuerdo con el § 7.II Nr 1, este principio vale de forma general con la condición de que el hecho también tenga conminada una pena en el lugar de comisión[73]. La mencionada regla también puede interpretarse en relación con la prohibición de extradición de ciudadanos alemanes establecida en el art. 16.II.1 GG; en tal sentido, la regulación impide la impunidad de un alemán que, luego de un hecho cometido en el extranjero, huye a Alemania y no puede ser extraditado.

dd) El **principio de protección** permite la extensión de la propia jurisdicción penal respecto a aquellos hechos cometidos en el extranjero, pero que ponen en peligro o lesionan bienes jurídicos nacionales. En tal sentido, debe hacerse la siguiente distinción: el **principio de protección del Estado** (o principio real) permite a un Estado defenderse mediante su derecho penal de todas las acciones dirigidas contra sus intereses esenciales. El principio de protección individual o **principio de personalidad pasiva** significa que un 91

71 En profundidad, MK-*Ambos*, § 9 n. m. 36 y ss.; *Miller/Rackow*, ZStW 117 [2005], 379; *Valerius*, NStZ 09, 121; crít., *Magnus*, NStZ 15, 57, 61 y ss.

72 Vista de modo general en *Satzger*, International, § 5 n. m. 66.

73 HK-GS-*Hartmann*, § 7 n. m. 1.

Estado puede extender su derecho penal respecto a aquellas acciones que se llevan a cabo contra sus ciudadanos.

En el StGB, las reglas del § 5 Nr 1–5 y del Nr 10–16 se basan, en lo esencial, en el principio de protección del Estado o en el principio de protección de la Unión, que se extiende por la UE. En algunos delitos, se recurre al principio de personalidad pasiva bajo la limitación de que la víctima tenga su domicilio o su residencia habitual dentro del país (por ejemplo, el § 5 Nr 6 lit. a, aunque también de forma similar en el Nr. 7); pero, además, de modo general, de acuerdo con el § 7.I, bajo la condición de que pueda afirmarse una punibilidad en el lugar de comisión de los hechos.

92 **ee)** El **principio de justicia universal**[74] (principio de universalidad) autoriza la sanción de hechos cometidos en el extranjero que se dirigen contra valores culturales y bienes jurídicos supranacionales y cuya protección constituye un interés común de todos los Estados.

En el § 6 se encuentra un catálogo de hechos punibles respecto de los cuales rige el derecho penal alemán, sin necesidad de otros criterios de referencia. Por lo menos, en la mayoría de los casos abarcados, la regulación se basa, de acuerdo con la opinión dominante, en el principio de justicia universal[75]. Para los delitos de derecho penal internacional (por ejemplo, genocidio, delitos contra la humanidad), el § 1 VStGB prevé el principio de justicia universal. En tanto estos representan crímenes, se señala —contrariamente a la antigua jurisprudencia respecto al § 6.I Nr 1 antigua versión— expresamente que no se requiere de un adicional criterio de vinculación legitimador[76]. Sin embargo, el § 153f StPO permite que a nivel procesal se establezcan limitaciones al deber de persecución que corresponde a las agencias de investigación alemanas[77].

93 **ff)** El **principio de la justicia penal por representación** significa que un Estado puede extender su poder punitivo a los hechos cometidos en el extranjero, para hacerse cargo de la persecución penal en reemplazo de otro Estado que no puede imponer por sí mismo su pretensión penal. Por esta vía se trata de garantizar que el autor de un delito no quede impune ya solo porque el país a donde huye no disponga de un criterio de vinculación propio respecto a los hechos.

74 Detalladamente, al respecto, *Weißer*, GA 2012, 416.

75 Con mayor detalle, véase S/S/W-StGB-*Satzger*, § 6 n. m. 1 con notas adicionales.

76 Sobre la relación del derecho penal internacional y el principio de justicia universal, MK-*Ambos*, § 6 n. m. 3 y ss.; *Hilgendorf*, Uni-Würzburg-FS, S. 346; *Keller*, GA 2006, 25; *Kreß*, ZStW 114 [2002], 818; *Weiß*, JZ 02, 696; *Wilhelmi*, Das Weltrechtsprinzip im internationalen Privat- und Strafrecht, 2007.

77 V. LR-*Beulke* [Nachtrag], § 153f StPO n. m. 14; *Geneuss*, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2013; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 7 n. m. 14.

Una manifestación de este principio de representación es el § 7.II Nr 2, de acuerdo con el cual el derecho penal alemán vale en aquellos casos en los que el autor era extranjero al momento del hecho, se halla dentro del país al momento de la persecución y permanece exento de la extradición por las razones mencionadas en el § 7.II Nr 2. De acuerdo con una opinión acertada, el § 7.II Nr 1 Alt 2 también se basa en la idea de la representación; este precepto dispone la validez del StGB, cuando el autor adquiere la ciudadanía alemana luego del hecho (denominada cláusula del nuevo ciudadano)[78].

b) Una importante limitación a la jurisdicción penal alemana existe en los casos previstos en § 7, donde se exige que el hecho se encuentre **conminado con una pena en el lugar de comisión**, o que el lugar del hecho no esté sometido a ninguna jurisdicción penal debido a que constituye tierra de nadie. Esta exigencia debe impedir que la propia jurisdicción penal se extienda más allá de lo debido a hechos respecto de los cuales el Estado extranjero competente en sí no considera necesaria una sanción penal. **94**

No es necesario que el precepto penal extranjero y el tipo penal alemán respectivo sean idénticos. Más bien es suficiente que el hecho tenga conminada una pena en el lugar de comisión del hecho bajo una perspectiva jurídica. Sin embargo, no es suficiente con que el hecho únicamente pueda ser considerado como una infracción administrativa según el derecho del lugar de comisión[79]. Las causas de justificación y de exculpación del derecho extranjero pueden ser consideradas en beneficio del autor, en tanto no infrinjan principios elementales del Estado de derecho ni contradigan principios jurídicos generalmente reconocidos[80]. De acuerdo con una acertada opinión, esto también es válido para los obstáculos procesales de la persecución penal (por ejemplo, amnistía, prescripción) e, incluso, tendría que serlo para aquellos casos en los que se trata de una mera no persecución fáctica del hecho en el lugar de comisión[81].

c) Solo luego de haber determinado que los hechos están sometidos a la jurisdicción penal alemana puede analizarse, mediante la interpretación del tipo **95**

78 *Satzger*, International, § 5 n. m. 80 con notas adicionales; acerca de la problemática jurídico-constitucional, por ejemplo, S/S-*Eser*, § 7 n. m. 20; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 7 n. m. 10.

79 BGHSt 27, 5.

80 Cfr. BVerfGE 95, 96; BGHSt 42, 275; 45, 270; acerca del error en el ámbito del derecho penal internacional, *Böse*, Maiwald II-FS, p. 61, 72 y ss.; *Neumann*, Müller-Dietz-FS, p. 589.

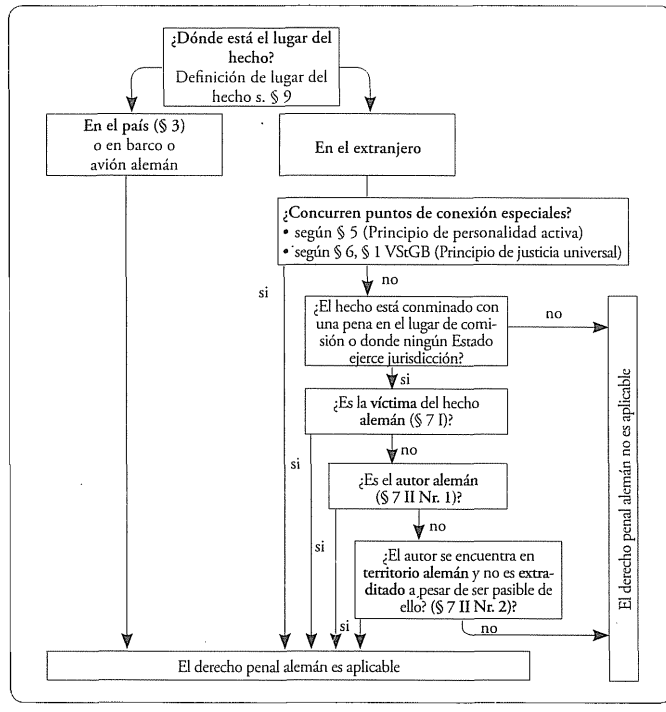
81 Más detallado en *Satzger*, International, § 5 n. m. 97 y ss., con notas adicionales también sobre la (aún dominante) opinión contraria; cfr. también *Buchholz*, NJ 13, 113 s., sobre la problemática referida a la ausencia de persecución en el lugar del hecho con base en criterios de oportunidad.

concreto, si este abarca la protección de bienes jurídicos extranjeros o si está ya **inmanentemente limitado** a los **bienes jurídicos nacionales.**

En ese sentido, el § 170.I no es aplicable, por ejemplo, en el caso de una lesión del deber de manutención por parte de un extranjero que vive en el país respecto a un extranjero que vive fuera del país, pues ese hecho no afecta bienes jurídicos alemanes y la norma no tiene como objetivo la protección de la autoridad social extranjera frente a su injustificada utilización[82]. Por el contrario, sí es posible aplicar el § 170.I cuando se afecta el derecho a la manutención de un alemán que vive en el extranjero[83]. De modo general, puede afirmarse que los tipos que **protegen bienes jurídicos vinculados a intereses públicos** (por ejemplo, §§ 331 y ss.) solo comprenden bienes jurídicos nacionales. En cambio, los tipos que protegen **bienes jurídicos individuales** (por ejemplo, § 242) abarcan tanto bienes jurídicos de nacionales como de extranjeros.

2. Resumen sobre el ámbito de validez del derecho penal alemán[84]

96


¿Dónde está el lugar del hecho? Definición de lugar del hecho s. § 9
En el país (§ 3) o en barco o avión alemán
En el extranjero
¿Concurren puntos de conexión especiales?
• según § 5 (Principio de personalidad activa)
• según § 6, § 1 VStGB (Principio de justicia universal)
no
si
¿El hecho está conminado con una pena en el lugar de comisión o donde ningún Estado ejerce jurisdicción?
no
si
¿Es la víctima del hecho alemán (§ 7 I)?
no
si
¿Es el autor alemán (§ 7 II Nr. 1)?
no
si
¿El autor se encuentra en territorio alemán y no es extraditado a pesar de ser pasible de ello? (§ 7 II Nr. 2)?
no
si
El derecho penal alemán es aplicable
El derecho penal alemán no es aplicable

82 BGHSt 29, 85 con obs. *Oehler*, JR 08, 381; en contra *Kunz*, NJW 95, 1519.

83 Cfr. KG JR 85, 516; S/S-*Lenckner/Bosch*, § 170 n. m. 1b.

84 Gráfico extraído de *Satzger*, International, § 5 n. m. 5; casos elementales en *Hombrecher*, JA 10, 637; *Werle/Jeßberger*, JuS 01, 35 y ss., 141 ss.; esquema de comprobación en *Rath*, JA 06, 435; 07, 26; en profundidad *Satzger*, Jura 10, 108 y ss., 190 y ss.

Cuando los hechos muestren implicancias con el extranjero, entonces, debe analizarse la aplicabilidad del derecho penal alemán respecto de cada tipo penal, incluso antes de comprobar la concurrencia de los elementos de esos tipos[85]. En ese sentido, se trata de una "**precondición objetiva de punibilidad**" (al respecto, n. m. 209a), a la cual el dolo no necesita estar referido[86]. 97

Siempre que se afecte un bien jurídico extranjero, luego de determinar la aplicabilidad del derecho penal alemán, tendrá que analizarse en el marco de la interpretación del tipo objetivo si el ámbito de protección de la norma también comprende a dicho bien jurídico.

3. Cuestiones procesales

Para el ámbito procesal penal resulta relevante la considerable limitación del deber de persecución penal respecto de los hechos que acaecen en el extranjero, prevista en el **§ 153c StPO**. El principio *ne bis in idem* (art. 103 III GG), que proscribe un doble tratamiento del mismo asunto por parte de **diversos jueces alemanes**, no protege a un ciudadano alemán condenado en el extranjero frente a una nueva sanción en Alemania (al respecto, v. también el § 153c II StPO[87]). 98

En ese sentido, el § 51.III solo prescribe que en la nueva pena que se ha de reconocer en el país se compute la sanción impuesta y ejecutada en el extranjero o cualquier otra privación de la libertad[88]. Como consecuencia de convenios de derecho internacional, el principio del *ne bis in idem* también rige excepcionalmente con respecto a sentencias extranjeras o internacionales, como, por ejemplo, para los Estados signatarios del Estatuto de Roma, de acuerdo con el art. 20 de este instrumento (v. n. m. 102) y, especialmente, para los Estados miembros de la Unión Europea como consecuencia del art. 54 CAAS y del art. 50 CDFUE[89].

85 Lo mismo vale para las regulaciones del derecho penal intertemporal y el derecho penal interlocal, cfr. *Altenhain*, Puppe-FS, p. 343, 349 y ss.

86 V., al respecto, *Satzger*, Jura 10, 111; *Murmann*, Grundkurs, § 14 n. m. 11; de modo diferenciado, *Böse*, Maiwald II-FS, p. 61 y ss.

87 En profundidad, LR-*Beulke*, §§ 153c, 153f StPO (parcialmente en tomo suplementario).

88 Más detalladamente, BGHSt 29, 63.

89 Al respecto, *Satzger*, International, § 10 n. m. 62 y ss.; *Beulke*, StPO, n. m. 10o; *Hecker*, § 13; *Radtke*, Seebode-FS, p. 297; especialmente sobre la relación de ambos preceptos, BGHSt 56, 11 (caso *Partisanen*) con obs. *Hecker*, JuS 12, 261 (adoptado mediante BVerfG NJW 12, 1202); *Böse*, GA 2011, 504; *Burchard/Brodowski*, StraFo 10, 179; *Heger*, ZIS 09, 408; *Kerner/Karnowski*, Kühl-FS, p. 777; *Koch/Dorn*, Jura 11, 690; *Merkel/Scheinfeld*,

IV. El derecho penal internacional[90]

1. Fundamentos del derecho penal internacional

99 Las graves y sistemáticas violaciones de derechos humanos perpetradas por autoridades estatales han dado motivo para que, en la historia reciente, se desarrolle un derecho penal internacional, el cual proscribe y criminaliza las graves infracciones de las normas vinculantes del derecho internacional en tanto crímenes internacionales[91]. Los inicios de ese desarrollo estuvieron marcados especialmente por los procesos seguidos ante los tribunales militares internacionales de Núremberg y Tokio contra los principales criminales de guerra de la Segunda Guerra Mundial. El Estatuto del Tribunal Militar de Núremberg preveía tres tipos principales: **crímenes contra la paz** (planeamiento, preparación, inicio o ejecución de una guerra de agresión), **crímenes de guerra** (graves violaciones del derecho internacional humanitario, por ejemplo, asesinato o maltrato a prisioneros) y **crímenes contra la humanidad** (graves violaciones de las garantías mínimas de la dignidad humana cometidas en razón de la nacionalidad de la víctima, su raza, religión, origen étnico, etc.[92]).

100 Tras la culminación de la Guerra Fría, surgieron grandes posibilidades para la evolución del derecho penal internacional. Para sancionar los graves crímenes de guerra y contra la humanidad cometidos masivamente a inicios

ZIS 12, 206; *Nestler*, HRRS 13, 337; *Satzger*, International, § 10 n. m. 68; *Swoboda*, JICJ 11, 243; *Vogel*, StRR 11, 135, 137; *Walther*, ZJS 13, 16; *Weißer*, ZJS 14, 589. F. *Zimmermann*, S. 25455; *Zöller*, GA 2016, 325.

90 Literatura sobre el derecho penal internacional y sobre la jurisdicción penal internacional: Ahlbrecht ua-*Esser*, n. m. 356 y ss., 407 y ss.; Ahlbrecht et al-*Kirsch*, n. m. 1141 y ss.; *Ambos*, Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts, 2. edic., 2003; *el mismo*, Internationales Strafrecht, §§ 5 y ss.; *Hasse/Müller/Schneider* (eds.), Humanitäres Völkerrecht, 2001; *Hoyer*, GA 2004, 321; *Merkel*, ZStW 114 [2002], 437; *Neubacher*, p. 1 y ss.; *el mismo*, NJW 06, 966; Neubacher/Klein (eds.), Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?, 2006; *Safferling*, Europäisches Strafrecht, §§ 4 y ss.; *Satzger*, International, §§ 12 y ss.; *Stuckenberg*, GA 2007, 80; *Vogel*, ZStW 114 [2002], 403; *Werle*, Völkerstrafrecht; *el mismo*, Uni-Berlin-FS, p. 1219; v. también Beiträge in Jeßberger/Geneuss (eds.), Zehn Jahre Völkerstrafgesetzbuch, 2013.

91 En profundidad, *Ahlbrecht*, Geschichte der völkerrechtlichen Strafgerichtsbarkeit im 20. Jahrhundert, 1999; *Engelhart*, Jura 04, 734; v., respecto al desarrollo histórico del derecho penal internacional, *Satzger*, International, § 13 n. m. 1 y ss.; sobre la función del derecho penal internacional, *Ambos*, Wolter-FS, p. 1285.

92 Con detalles en *Ambos*, Archiv des Völkerrechts, Bd 37 [1999], 318; *Robertson*, Crimes against Humanity, 1999; *Triffterer*, Roxin-FS, p. 1415; *Vest*, ZStW 113 [2001], 457; v. también *Werle/Burghardt*, ZIS 12, 271.

de los años noventa del último siglo tanto en la ex Yugoslavia como en Ruanda, se constituyó un **Tribunal Penal Ad Hoc** para cada uno de esos países. El Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia (TPIY por sus siglas en español, aunque más común es el uso de sus siglas en inglés ICTY[93]) en La Haya, así como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIR por sus siglas en español, aunque más común es el uso de sus siglas en inglés ICTR[94]) en Arusha (Tanzania)[95] fueron constituidos mediante resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Los tipos penales respecto a los cuales se circunscribía la competencia de estos tribunales se corresponden (con algunas diferencias concretas) con los tipos del Estatuto de Núremberg y de Tokio, de modo tal que, debido a ese reconocimiento reiterado, en la actualidad se les considera ampliamente como parte del derecho consuetudinario internacional[96]. Como su órgano sucesor, el 1.7.2013 (respecto a la ICTY) y el 1.7.2012 (respecto a la ICTR), el mecanismo residual para los tribunales ad hoc (Mechanism for International Criminal Tribunals: ***MICT***, por sus siglas en inglés) ha asumido su labor. Este debe tramitar especialmente aquellos casos que no están culminados —sin embargo, no aquellos en los que la detención del acusado se ha producido con más de doce meses de anterioridad respecto de la asunción de sus labores—; al MICT no le están permitidas las nuevas acusaciones[97].

2. Corte Penal Internacional

El establecimiento de la **Corte Penal Internacional** (CPI por sus siglas en español, aunque más común es el uso de sus siglas en inglés ICC[98]), con sede en La Haya, mediante el Estatuto de Roma, ha iniciado una nueva era del derecho penal internacional, pues se ha creado por primera vez una corte penal permanente y reconocida casi universalmente, que tiene asignada de 101

93 Más detalladamente, en www.icty.org (estado: junio del 2016).

94 Más detalladamente, en http://unictr.unmict.org/ (estado: junio del 2016).

95 Una traducción al alemán del estatuto ha sido publicada, por ejemplo, en Esser (ed.), Europäisches und Internationales Strafrecht, Vorschriftensammlung, 2. edic., 2013, Nr 95 o 96, o en *Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner*, Hauptteil VI.

96 *Werle*, ZStW 109 [1997], 808, 813; crít., *Dencker*, ZIS 08, 298; *Jescheck/Weigend*, AT, § 14.II; cfr. también *Breitegger*, ZIS 10, 712; en profundidad, *Swoboda*, Verfahrens- und Beweisstrategien vor den UN-ad hoc Tribunalen, 2013.

97 V., al respecto, http://www.unmict.org/ (estado: junio de 2016); la instauración del MICT se basa en la resolución de seguridad 1966 (2010), descargable en: http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/1966 (2010) (estado: junio del 2016).

98 Más detalladamente, en www.icc-cpi.int (estado: junio 2016).

antemano competencia para el enjuiciamiento de los crímenes más graves contra el derecho Internacional[99].

102 El **Estatuto de Roma** de 17.7.1998, que entró en vigencia el 1.7.2003, ha sido ratificado hasta junio del 2016 por 124 Estados (entre ellos, Alemania y todos los Estados de la UE). El Estatuto contiene por primera vez una parte general del derecho penal internacional material[100], así como las reglas fundamentales del proceso ante la CPI. Los preceptos fundamentales del Estatuto contemplan los cuatro grupos de delitos: genocidio (art. 6), crímenes contra la humanidad (art. 7), crímenes de guerra (art. 8) y el tipo de agresión; complementado en 2010 y que entrará en vigencia cuando mucho en 2017 (art. 8 *bis*)[101] —así como la cuestión referida a la competencia general de la CPI (art. 12) y a la limitación de la jurisdicción respecto a los Estados con base en el principio de complementariedad (art. 17)—.

En la CPI existen dieciocho jueces. Tras la implementación de la fiscalía en marzo de 2003, se iniciaron en el año 2004 las primeras investigaciones, que frecuentemente requirieron de mucho tiempo. Hasta el momento han sido remitidas[102] a la Corte diez "situaciones" (= conjunto de sucesos jurídicos y fácticos de un país que constituyen el fundamento de la sospecha de que se han cometido crímenes en el sentido del Estatuto de la CPI) y —en ese marco— veintiún casos (= procesos contra personas concretas). El 14/3/2012, la CPI emitió su primera sentencia en el asunto *Lubanga* (situación *República Democrática del Congo*)[103]. A ella le siguió en la misma situación, la condena de *Germain Katanga*, así como absolución de *Ngudjolo Chui*. Respecto a la situación "República Centroafricana", se dictó recientemente la sentencia *Bemba Gombos* de primera instancia.

No debe confundirse la CPI con la Corte Internacional de Justicia (CIJ), que también tiene su sede en La Haya. Mientras que en la CPI se ventilan asuntos penales contra

99 Detalladamente, al respecto, *Ambos*, ZStW 111 [1999], 175; *Lagodny*, ZStW 113 [2001], 800; *Meyer*, DRiZ 11, 19; *Neubacher*, p. 444 y ss.; Klausur bei Coester-Waltjen-II-*Safferling*, p. 56.

100 Cfr., entre otros, *Ambos*, Der AT des Völkerstrafrechts, 2. edic. 2002; *Stuckenberg*, Vorstudien zu Vorsatz und Irrtum im Völkerstrafrecht, 2007.

101 V. la Resolución RC/Res.6 de 11.06.10 (sobre el estado de la ratificación, v. http://crimeofaggression.info/the-role-of-states/status-of-ratification-and-implementation/ [estado: junio de 2016]); respecto al futuro tipo de agresión, cfr. *Ambos*, ZIS 10, 649 y ss.; acerca de la cuestión de la implementación en los ordenamientos jurídicos nacionales, A. *Zimmermann/Henn*, ZRP 13, 240.

102 Un registro actual de las situaciones y casos (= procesos contra personas concretas) se encuentra en https://www.icc-cpi.int/pages/situations.aspx (estado: junio de 2016), así como en *Satzger*, International, p. 412 y ss. (estado: agosto de 2015).

103 Cfr., al respecto, *Barthe*, JZ 13, 88; *Stoffels*, StraFo 14, 4; *Vogel*, ZIS 12, 313.

personas individuales, la CIJ es el órgano jurisdiccional más importante de las Naciones Unidas y es competente respecto a conflictos entre Estados[104].

3. Código Penal internacional alemán

En el 2002, el legislador alemán promulgó el Código Penal internacional alemán (**Völkerstrafgesetzbuch - VStGB**). Esto debe asegurar que Alemania está en la capacidad de perseguir eficazmente y por sí misma un crimen de competencia de la CPI. Además, constituye una consecuencia del principio de **complementariedad** previsto en el art. 17 del Estatuto de Roma[105]. La CPI puede ejercer su jurisdicción solo cuando un Estado no es capaz o no tiene la voluntad de perseguir por sí mismo el hecho punible en cuestión. Una aplicación directa del Estatuto de Roma o un traslado literal de los tipos previstos en él no hubieran sido posibles, pues a ello se oponen principios jurídico-constitucionales, en especial, el mandato de determinación del art. 103.II GG[106]. **103**

Como resultado de ello existe hoy, en el ámbito de los crímenes internacionales, dos posibilidades de ejecución. Por un lado, la persecución penal nacional con base en el VStGB, la cual de modo general es preferente (denominada **ejecución indirecta**; "indirect enforcement model") y, por otro lado, la persecución a través de la misma Corte Penal Internacional con base en el Estatuto de Roma (denominada **ejecución directa**; "direct enforcement model")[107]. Hasta el momento, en Alemania, solo se ha llevado a cabo un proceso —contra dos nacionales de Ruanda ante el OLG Stuttgart en marzo de 2011— debido a crímenes previstos en el VStGB[108]; sin embargo, aquí surgen claramente las dificultades de un abordaje de tales procesos con las actuales condiciones del proceso penal[109]. **104**

104 Cfr., al respecto, Ahlbrecht et al-*Esser*, n. m. 356 y ss.

105 Más profundamente, *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 8 n. m. 10 y ss.; fundamental, *Lafleur*, Der Grundsatz der Komplementarität, 2010.

106 V., al respecto, *Jähnke*, ZIS 10, 463; *Satzger*, International, § 17 n. m. 18 y ss.; *el mismo*, JuS 04, 944.

107 *Satzger*, International and European Criminal Law, § 10 n. m. 7 y ss.

108 OLG Stuttgart Sent. de 28.9.2015 – Az. 5-3 StE 6/10; sobre los otros procesos, v. *Basak*, HRRS 10, 513; *Kaleck/Schüller/Steiger*, KJ 10, 270; *Safferling/Kirsch*, JA 10, 81; respecto al sobreseimiento del proceso Abu Ghuraib, v. Resolución de la Fiscalía Federal General, JZ 05, 312; OLG Stuttgart NStZ 06, 117; LR-*Beulke*, § 153f StPO n. m. 5, 31; crít., *Gierhake*, ZStW 120 [2008], 375; *Singelnstein/Stolle*, ZIS 06, 118.

109 El magistrado presidente del OLG Stuttgart *Jürgen Hettich* inició la fundamentación de la sentencia con las palabras "¡Así no se puede!", para referirse a esas dificultades, v. FAZ del 28.9.2015, descargable en http://www.faz.net/aktuell/politik/inland/lange-haftstrafen-im-ruanda-prozess-13827722.html (estado: junio 2016).

105 Un precepto central en la **parte general** es la norma de conexión prevista en el § 2 VStGB, la cual permite la aplicación de la parte general del StGB en tanto no corresponda la aplicación de alguna regla especial del VStGB. Una de estas reglas existe solo en relación con cuatro aspectos: el § 1 VStGB, para el ámbito de aplicación (principio de justicia universal, v. n. m. 92); el § 3 VStGB, para cuestiones relativas a la actuación bajo órdenes; el § 4 VStGB, para la responsabilidad de mandos militares y otros superiores[110]; y, finalmente, el § 5 VStGB, para la prescripción. En tal sentido, todas las otras cuestiones de la parte general como la imputabilidad, el dolo, el error o la autoría[111] y participación deben ser solucionadas recurriendo a los preceptos del StGB.

106 La **parte especial** del VStGB contiene tipos penales independientes, que si bien se orientan a las normas del Estatuto de Roma, también integran otras reglas del derecho internacional humanitario, en especial los tipos de crímenes de guerra del 1.er Protocolo Adicional (1977) a las cuatro convenciones de Ginebra de 1949. En concreto, el genocidio es sancionado mediante el § 6 VStGB y los delitos contra la humanidad a través del § 7 VStGB. Los tipos relativos a los crímenes de guerra están previstos en los §§ 8-12 VStGB. Además, es inminente una enmienda del VStGB (seguramente para el 1.1.2017) con el objetivo de incorporar[112] en el derecho nacional el tipo de agresión del Estatuto de Roma, el cual entrará próximamente en vigencia,

107 La constitución de la CPI y la promulgación del VStGB requirieron la promulgación de leyes de adecuación adicionales. Entre otros, se incorporó el art. 16 II 2 GG para permitir la entrega de ciudadanos alemanes a la CPI de acuerdo con la Ley sobre Cooperación con la CPI (Gesetz über die Zusammenarbeit mit dem IStGH - IStGHG). La amplia autorización de persecución de parte la justicia alemana, prevista en el § 1 VStGB, está complementada por medio del también incorporado § 153f StPO y el deber de persecución allí previsto. Pero, al mismo tiempo, este precepto asegura también la posibilidad de renunciar a la instauración de un proceso o su sobreseimiento, por ejemplo, cuando no existe una referencia al derecho nacional (v. n. m. 92)[113].

110 Cfr., al respecto, BGHSt 55, 157; *Burghardt*, Die Vorgesetztenverantwortlichkeit im völkerrechtlichen Straftatsystem, 2008; *el mismo*, ZIS 10, 695; *Safferling*, ZIS 13, 447.

111 Acerca de la comisión en coautoría del genocidio *Becker*, HRRS 15, 109.

112 V, al respecto, el proyecto de ley del gobierno federal del 1.4.2016 BR Drs. 161/16.

113 Más detalladamente, al respecto, *LR-Beulke*, §§ 153c, 153 f StPO; *el mismo*, StPO, n. m. 11d; *Geneuss*, Völkerrechtsverbrechen und Verfolgungsermessen, 2013; v. también *Weißer*, GA 2012, 416.

V. Derecho europeo y derecho penal[114]

1. Fundamentos de la europeización

Tradicionalmente, se considera que el derecho penal, como pocas ramas jurídicas, está fuertemente enraizado en la cultura nacional. Debido a esa "encarnación de la soberanía nacional"[115], por mucho tiempo no se consideraba posible ni se percibía una influencia europea. Sin embargo, en la actualidad esta idea ha cambiado en vista de la progresiva integración europea, que, entre otras cosas, ha traído la creación de un mercado único, la unión económica y monetaria y, sobre todo, la apertura de las fronteras entre los —hasta ahora— veintiocho Estados miembros de la UE. Más bien, la creciente "europeización de la criminalidad"[116] en el ámbito de la comunidad o **Unión Europea** ha dado lugar a un movimiento que pretende una armonización de los derechos penales de los Estados miembros y seguramente, en el futuro, la posible creación de un derecho penal supranacional europeo (promulgación de tipos penales europeos), así como la constitución, ya incluso en planeamiento concreto, de una fiscalía europea[117]. **108**

El 1 de diciembre del 2009 empezó una nueva era para el derecho penal europeo con la entrada en vigencia del **Tratado de Lisboa**[118]. La "Cooperación Policial y Judicial en asuntos Penales" (CPJMP, por sus siglas en español), especialmente relevante para los intereses jurídico-penales y que hasta entonces se basaba, en lo esencial, en principios de derecho internacional (principalmente, el principio de unanimidad entre los representantes de los Estados miembros en el consejo), ha sido elevada a un nivel **supranacional** con el curso de las reformas del tratado. Como consecuencia de ello, ahora los Estados miembros individuales pueden acordar las medidas referidas al ámbito jurídico-penal. Naturalmente, los actos jurídicos realizados con base en el **109**

114 En la presente obra, la presentación se limita a los fundamentos esenciales. Para un estudio más profundo existe a disposición literatura especializada, entre la que puede mencionarse: *Satzger*, International, §§ 7 y ss.; *Ambos*, Internationales Strafrecht, §§ 9 y ss.; *Hecker*, Europäisches Strafrecht; *Safferling*, Internationales Strafrecht, §§ 9 y ss.; *Schramm*, Internationales Strafrecht, S. 95 y ss.

115 *Perron*, en: Dörr/Dreher (Hrsg), Europa als Rechtsgemeinschaft, 1997, S. 267; *el mismo*, Küper-FS, p. 429.

116 *Satzger*, p. 7; acerca de la influencia del derecho de la UE sobre el derecho penal alemán, *Heger*, ZIS 13, 289; v. también *Rönnau/Wegner*, GA 2013, 561.

117 V., al respecto, el proyecto de reglamento para la constitución de una fiscalía europea en KOM (2013) 534 definitivo del 17.7.2013; más ampliamente, al respecto, *Satzger*, International, § 10 n. m. 21 y ss.

118 ABI 2007 C 306/1; para una visión panorámica sobre el tratado v. *Mayer*, JuS 10, 189.

antiguo derecho de la UE también conservan su validez con posterioridad a la entrada en vigencia del Tratado de Lisboa[119].

110 Puesto que la **Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea** (CDFUE) ha adquirido un carácter jurídicamente vinculante con el Tratado de Lisboa (con la referencia del art. 6 I TUE)[120], ahora los actos jurídicos de la Unión no solo deben considerar las garantías penales y procesales penales de la Carta (especialmente el art. 47 y ss. CDFUE), sino que, además, los Estados miembros están vinculados a ella al aplicar el derecho de la UE[121]. Además, sería significativo, precisamente para el derecho penal, que se produjera la **entrada de la UE a la Convención Europea de Derechos Humanos**[122] —la cual ha sido diferida por tiempo indefinido a causa de un informe del TJUE de 18.12.2014, sorprendentemente negativo[123]—.

2. Armonización jurídica en el derecho penal material

111 El Tratado de Lisboa ha ampliado claramente las competencias de la UE para la **armonización de las legislaciones** en el ámbito del derecho penal material. Ahora la UE puede dictar mediante directivas los estándares mínimos respecto a los tipos y a las consecuencias jurídicas en determinadas áreas, en especial, cuando se trata de criminalidad grave y de alcance trasnacional (art. 83.I TFUE). El art. 83.II TFUE contiene, además, una competencia adicional de la UE para dictar directivas jurídico-penales en todos aquellos ámbitos que hayan sido objeto de medidas de armonización. Si bien estas competencias siempre están orientadas a la criminalización de determinados comportamientos, sin embargo, la autorización de regulación al legislador comunitario no se restringe a los elementos típicos de los tipos de la parte especial. También puede emitir normas sobre cuestiones específicas de la parte general que estén relacionadas con el tipo objeto de armonización como, por

119 Art. 9 del Protocolo Nr 36 sobre las disposiciones transitorias; detalles en *Brodowski*, ZIS 10, 377.

120 Sin embargo, no para el Reino Unido, Polonia y República Checa, países que se han reservado un denominado *opt-out*, cfr. *Herrmann*, Jura 10, 161, 166.

121 Cfr. acerca de una interpretación amplia del ámbito de aplicación de la CDFUE mediante la TJUE: EuGH NJW 13, 1415 (*Åkerberg Fransson*) con obs. *Rabe*, NJW 13, 1407; *Eckstein*, ZIS 13, 220; v. también *Kingreen*, Jura 14, 295; *Risse*, HRRS 14, 93 y *Wegner*, HRRS 13, 126.

122 V., al respecto, *Brodowski*, ZIS 11, 940; *Leutheusser-Schnarrenberger*, Jäger-FS, p. 135.

123 EuGH Informe 2/13 sobre la convención referida a la entrada de la UE a la CEDH (Pleno), de 18 de diciembre de 2014; s. al respecto *Streinz*, JuS 15, 567.

ejemplo, los elementos del tipo subjetivo, la punibilidad de la tentativa y de la omisión, o la criminalización de los actos de participación[124].

Sin embargo, respecto al tema de la competencia para la emisión de directivas, hay que tener en cuenta el **mecanismo de freno de emergencia** previsto por el art. 83.III TFUE: un Estado miembro puede impedir que una directiva sea vinculante para él si considera que la armonización jurídica planteada afecta aspectos fundamentales de su ordenamiento jurídico-penal[125]. Sin embargo, una directiva puede ser puesta en vigencia —solo entre esos Estados— cuando, por lo menos, nueve Estados miembros quieren someterse a ella. Precisamente, el riesgo de que un Estado miembro recurra a ese freno de emergencia existe cuando la UE decide sobre normas específicas de la parte general. Puesto que, al final, esto conduciría a una "Europa de dos (o incluso más) velocidades" y, además, haría fracasar el objetivo de una armonización jurídica, la reserva de los Estados miembros individuales debería tomarse en cuenta ya durante la realización de las propuestas de estos actos legislativos. 112

Como fundamentos jurídicos adicionales para una armonización del derecho penal nacional y para la creación inmediata de **tipos penales supranacionales** aplicables en los Estados miembros —incluyendo una parte general europea— vienen en consideración, en primer lugar, el art. 325.IV TFUE (Lucha contra el fraude) e, igualmente, el art. 33, 79.II c y d TFUE; sin embargo, los detalles de la extensión y de los límites de la autorización no son aún claros[126]. En todo caso, el ejercicio de todas las competencias de la UE para la dación de normas jurídico-penales y la armonización del derecho penal está limitado por los principios de subsidiaridad y de proporcionalidad (art. 5 III, IV TUE)[127]. 113

124 *Böse*, ZIS 10, 86; *Grünewald*, JZ 11, 972; *Stuckenberg*, en: Böse, § 10; crít. respecto a las intromisiones en la PG del StGB, *Satzger*, International, § 9 n. m. 44, 50; cfr. también *Maiwald*, Frisch-FS, p. 1375.

125 Por otra parte, según el art. 258 y ss. AEUV, el recurso al mecanismo de freno de emergencia puede ser sometido a un control de su ejercicio abusivo en un proceso por infracción del tratado; *Zimmermann*, Jura 09, 844, 848.

126 Más detalladamente *Böse*, ZIS 10, 78 s.; *Grünewald*, JR 15, 245; *Heger*, ZIS 09, 416; *Krüger*, HRRS 12, 311; *Mansdörfer*, HRRS 10, 18; *Meyer*, NStZ 09, 658; *Noltenius*, ZStW 122 [2010], 604, 618; *Renzikowski*, Achenbach-FS, p. 491, 496; *Satzger*, International, § 8 n. m. 25 y ss.; *el mismo*, en: Streinz EUV/AEUV, § 325 AEUV n. m. 17; *Sturies*, HRRS 12, 276; *Vogel*, en: Ambos, p. 41, 47 y ss.; *F. Zimmermann*, Jura 09, 844, 845 s.

127 *Hecker*, § 8 n. m. 48 y ss.; *Satzger*, International, § 8 n. m. 28.

114 El legislador europeo solo alcanzará una armonización del derecho penal coherente en sí misma y no problemática desde una perspectiva del Estado de derecho, si se orienta a directrices político-criminales claras en el ejercicio de sus competencias, por ejemplo, al "**Manifiesto sobre la política criminal europea**" presentado por el grupo de académicos europeos denominado "European Criminal Policy Initiative"[128]. Sin embargo, la UE también tiene que considerar el hecho de que el derecho penal está profundamente arraigado en los valores de una nación —a pesar de que, con el tiempo, la UE puede influir considerablemente en el derecho penal de los Estados miembros—. Este "**principio de consideración del derecho penal específico**"[129] está previsto en el art. 4.II TUE y ha sido confirmado mediante la Sentencia-Lisboa del BVerfG[130].

115 De acuerdo con ella, el derecho penal tiene que ser considerado como un ámbito especialmente sensible de la capacidad de configuración democrática propia de un Estado constitucional, puesto que la criminalización de los comportamientos sociales se orienta de un modo esencial a los valores y premisas éticas de cada sociedad. Por eso, la justicia penal se hace cargo de una gran parte del proceso democrático de decisión. En opinión del BVerfG, el ejercicio de soberanía en el ámbito de la justicia penal no puede ser transmitido a la UE de modo general, sino solo para determinados asuntos transnacionales —y únicamente bajo el cumplimiento de condiciones restrictivas—[131].

116 De esto el BVerfG también deduce que las competencias referidas al derecho penal contenidas en el TFUE tienen que "interpretarse de un modo estricto —y en ningún caso extensivamente—"[132]. En tal sentido, la necesidad de una armonización jurídica especial para la UE en el ámbito de la criminalidad trasnacional (art. 83.I TFUE) tiene que estar sólidamente fundamentada. Para ello, no bastaría solo con una voluntad política orientada a la armonización jurídica[133]. Además, el BverfG considera —acertadamen-

128 Publicado en ZIS 09, 697 y EuCLR 11, 86 y ss., también accesible en Internet en www.crimpol.eu (estado: junio 2016); introductorio al respecto, *Satzger*, ZIS 09, 691 y ss.; *el mismo*, ZRP 10, 137; v. ahora también el *Manifiesto para un derecho procesal penal europeo*, publicado en ZIS 13, 412 y, asimismo, descargable en www.crimpol.eu (estado: agosto 2016).

129 Fundamental, *Satzger*, 166 y ss.; *el mismo*, International, § 9 n. m. 9; *el mismo*, en: Sieber et al, § 9 n. m. 8 y ss.; acepta ello, por ejemplo, *Hecker*, § 8 n. m. 55; *Heger*, ZIS 09, 409, 410; la EuGH ignora hasta ahora el principio de consideración, *Folz*, ZIS 09, 428.

130 BVerfGE 123, 267, en especial 406 y ss. con obs. *Ambos/Rackow*, ZIS 09, 397; *Böse*, ZIS 10, 76; *Mansdörfer*, HRRS 10, 16; *Meyer*, NStZ 09, 657; *F. Zimmermann*, Jura 09, 844; cfr. también *Polzin*, JuS 12, 1; *Schorkopf*, en: Ambos, p. 111.

131 BVerfGE 123, 267, 408 y ss.

132 Crít. *Meyer*, NStZ 09, 660: solo pueden encontrarse escasos criterios para la requerida interpretación restringida.

133 Cfr., al respecto, *Ambos/Rackow*, ZIS 09, 402; *Heger*, ZIS 09, 412; *Kubiciel*, ZIS 10, 742;

te— que la competencia adicional prevista en el art. 83.II TFUE es especialmente problemática, pues encierra el peligro de convertir el derecho penal en un mero mecanismo de ejecución de las políticas comunitarias, lo que podría desencadenar una discutible sobrecriminalización en Europa[134]. En la medida de lo posible, la armonización de los tipos penales debería abarcar solo los tipos en concreto y no los ámbitos delictivos en su totalidad[135]. Finalmente, en la interpretación de las competencias de la UE siempre debe tenerse en cuenta el principio de culpabilidad, el cual debe contarse como parte de los principios relativos a la identidad constitucional indisponible del art. 79.III GG. Es decir, el BVerfG rechaza una supremacía del derecho de la UE; no solo se reserva el derecho de realizar un control *ultra-vires* respecto a los actos jurídicos de los órganos de la UE (= comprobación de un exceso de las limitaciones impuestas a la soberanía de los órganos de la EU)[136], sino también el derecho de comprobar "si está garantizado el contenido esencial inviolable de la identidad constitucional de la Ley Fundamental, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 23.I.3, en conexión con el art. 79.III GG"[137].

3. Asimilación y neutralización del derecho penal alemán

117 Aparte de las normas directas a los legisladores nacionales, el derecho de la UE tiene una notable **influencia indirecta sobre el derecho penal de los Estados miembros**. En tal sentido, debido al deber de lealtad de los Estados miembros frente a la UE (cfr. art. 4.III TUE), estos deben proteger los bienes jurídicos de la UE en la misma medida que sus bienes jurídicos nacionales (**principio de asimilación**). El TJUE ha derivado de esto un deber de los Estados miembros de sancionar de forma efectiva, proporcional y disuasoria la lesión de intereses de la UE, especialmente en casos de defraudaciones en perjuicio de la UE[138]. Se cumple con este deber cuando el legislador nacional crea tipos penales especiales o cuando los jueces penales —siempre que el texto de la ley lo permita— realizan una **interpretación conforme al derecho de la UE**[139] de las leyes pena-

Satzger, International, § 9 n. m. 36 s.; *F. Zimmermann*, Jura 09, 844, 849 s.

134 BVerfGE 123, 267, 411 s.; *Ambos/Rackow*, ZIS 09, 401, 403; *Zimmermann*, Jura 09, 844, 850.

135 BVerfGE 123, 267, 413; exhaustivamente. F. *Zimmermann*, Jura 09, 844, 850.

136 BVerfGE 75, 223, 235, 242; 89, 155, 188.

137 BVerfGE 123, 267, 354; crít. *Böse*, ZIS 10, 90; *Meyer*, NStZ 09, 660; *Reiling/Reschke*, wistra 10, 51 s.; v. ahora BVerfG NJW 16, 1149; con anotaciones *Kühne*, StV 16, 299.

138 EuGH NJW 90, 2245 (*Griechischer Maisskandal*); al respecto, *Gröblinghoff*, Die Verpflichtung des deutschen Strafgesetzgebers zum Schutz der Interessen der EG, 1996; *Hecker*, § 7 n. m. 24 y ss.; en relación con el art. 30 Satzung des EuGH, v. *Satzger*, International, § 8 n. m. 11 y ss.

139 Al respecto, véase detalladamente *Heger*, en: Böse, § 5 n. m. 101 y ss.; v. también *Hecker*, JuS 14, 385; *Leenen*, Jura 12, 753.

les existentes. De acuerdo con la jurisprudencia constante del TJUE, los jueces nacionales están obligados a decantarse por aquella variante interpretativa de una ley (penal) que no colisione con el derecho de la UE (cfr. n. m. 77)[140]. Sin embargo, de esa forma no solo se extiende la punibilidad (a la protección de bienes jurídicos de la UE), sino que en muchos casos esta también es (fuertemente) limitada. Los preceptos tienen que ser interpretados de una forma tal que los ciudadanos no vean lesionadas sus libertades fundamentales previstas en el ordenamiento jurídico europeo. Cuando una interpretación en ese sentido esté descartada debido a que el texto de la ley no lo permite, la primacía de la aplicación del derecho de la UE[141] lleva incluso a una "**neutralización**" de la ley penal nacional. Esto significa que, en el caso concreto, el tipo penal (dado el caso, también una regulación de la prescripción[142]) tiene que dejar de aplicarse cuando solo de esa forma puede evitarse una contradicción con el derecho de la UE. Un ámbito de aplicación importante de este principio es, por ejemplo, el derecho penal alimentario y el restante derecho penal accesorio[143].

4. Convención Europea de Derechos Humanos

118 Sin embargo, el derecho de la Unión Europea (o anteriormente el de la Comunidad Europea) no comprende completamente el concepto de derecho europeo, al menos si se entiende a este en un sentido amplio. Desde una perspectiva jurídico-penal, la **Convención Europea de Derechos Humanos** (CEDH), adoptada el 4 de noviembre de 1950 como un tratado internacional en el marco del Consejo Europeo, ha adquirido una gran relevancia. Debido a su condición de instrumento de protección internacional de los derechos humanos a nivel internacional, la convención ha abierto mecanismos de ejecución efectivos en el marco de los procesos jurisdiccionales, los cuales tienen la forma de recursos para acudir al **Tribunal Europeo de Derechos**

140 EuGH NJW 84, 2021 (*von Colson* y *Kamann*); ejemplos adicionales en *Folz*, ZIS 09, 427 s.; en relación con los límites de esta interpretación: EuGH EuZW 05, 369 (*Berlusconi u.a.*) con anotaciones, *Satzger*, JZ 05, 998; *Hecker*, JuS 14, 385.

141 EuGH Rs 6/64, *Costa/ENEL*, Slg. 1964, 1251; EuGH NJW 84, 1291 (*Pranti*); BGHSt 37, 168; LG Hechingen StraFo 06, 64; *Borchardt*, n. m. 140 y ss.; *Dannecker*, Jura 06, 173; *Ehlers*, Jura 11, 187; sobre el lugar de la determinación: *Altenhain*, Puppe-FS, p. 343, 356 y ss.

142 Actual EuGH HRRS 15 Nr 1007 (*Taricco et al*) con anotaciones, *Gaede*, wistra 16, 89.

143 Cfr., por ejemplo, EuGH NJW 87, 1133 (*Reinheitsgebot für Bier*); exhaustivamente, *Hecker*, § 9 n. m. 13.

Humanos (TEDH), con sede en Estrasburgo, a disposición de individuos y Estados[144].

En Alemania la Convención Europea de Derechos Humanos tiene el rango de ley ordinaria, para lo cual tuvo que ser convertida mediante una ley de transformación, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 59 II GG. Sin embargo, pueden surgir dificultades cuando la GG y la CEDH llevan a distintos resultados respecto a la valoración de las garantías de los derechos fundamentales. En un caso así, para evitar colisiones, debe preferirse una interpretación conforme a la convención —también según la jurisprudencia del BVerfG—, lo que significa que los derechos fundamentales tienen que ser interpretados en consonancia con la CEDH y con la jurisprudencia del TEDH[145]. Esto conduce a que, en los hechos, la CEDH tenga una primacía ante el derecho alemán general[146]. Sin embargo, el BVerfG quiere contemplar una excepción para ello cuando dicha interpretación implique una infracción de los "principios fundamentales" de la Constitución[147]. **119**

Además, para la derivación de los derechos fundamentales resguardados en el ámbito de la UE y para la interpretación de las libertades fundamentales, el TJUE se basa en la CEDH, a pesar de que ella aún no es vinculante para la UE. El art. 52.III GRC declara que las libertades fundamentales y los derechos humanos garantizados en la CEDH resultan decisivos para la determinación de la importancia y el alcance de los correspondientes derechos de la Carta[148]. La CEDH también posee una fuerte influencia sobre el derecho nacional (art. 6.II TUE), aunque de una forma mediata: a través de la primacía de la aplicación del derecho de la UE[149]. **120**

La relevancia de la CEDH se manifiesta ante todo en el ámbito del derecho procesal penal, que incluso supera la importancia material de la CEDH. Sin embargo, resultan importantes, para resaltar ya solo esquemáticamente, algunas garantías esenciales y ámbitos problemáticos relevantes: el principio de legalidad, garantizado por el art. 7.I CEDH; la cuestión acerca de **121**

144 Con detalles en Ahlbrecht et al-*Esser*, n. m. 33 y ss.; *el mismo*, LR Band 11; *Braasch*, JuS 13, 602; *Hecker*, § 3 n. m. 18 y ss.; Jahn/Nack-II-*Vogel*, p. 23; *Renzikowski*, en: Höland, p. 25; *Safferling*, Internationales Strafrecht, § 13; *Swoboda*, en: Höland, p. 83; v. también *Baier*, Blumenwitz-GS, p. 293.

145 BVerfGE 74, 358; BVerfG NJW 07, 204; BGHSt 46, 93; Ahlbrecht et al-*Esser*, n. m. 6.

146 *Schweitzer*, § 5 n. m. 1171.

147 BVerfGE 111, 307 (caso *Görgülü*); v. también BGH JR 05, 247 con anotaciones *Esser*; *Kilian*, en Höland, p. 119; *Paeffgen*, ZStW 118 [2006], 275, 319; I. *Roxin*, AG Strafrecht, 1076 y ss.

148 Al respecto, *Borowsky*, en: Meyer (ed.), Charta, art. 52 n. m. 29 y ss.; *Ziegenhorn*, Der Einfluss der EMRK im Recht der EU-Grundrechtecharta, 2009.

149 Cfr. EuGH NJW 13, 1415 (*Åkerberg Fransson*); Rs C-274/99, *Conolly*, Slg. 2001, 1611; *Hummrich*, DRiZ 05, 72; *Kühne*, GA 2005, 195, 199; *Streinz*, n. m. 777 y ss.

si el derecho de legítima defensa del § 32 StGB es limitado de tal manera por el art. 2.IIa CEDH, que un homicidio solo puede estar justificado para aquellos casos en los que la defensa se dirige frente a agresiones contra la vida, la salud y, en todo caso, la libertad (al respecto n. m. 513 ss.)[150]; por último, la prohibición de la tortura y penas degradantes en el art. 3 CEDH[151].

122 En el **caso n.° 2a** no existe ni hurto ni daños. Asimismo, falta la acción de sustracción respecto al § 242; respecto al § 303, falta el deterioro o la destrucción (v. n. m. 82 s.)

En el **caso n.° 2b** no es posible una aplicación por analogía del § 303 en perjuicio del autor (v. n. m. 84).

Jurisprudencia actual sobre el § 2:

— BVerfGE 130, 1: Una sanción por tentativa de estafa debido a la contratación de un seguro de vida por parte de quien planea un atentado suicida, es incompatible con el mandato de determinación jurídico-constitucional; cfr. n. m. 65, 859.

— BGH StV 16, 212: Resolución de divergencia de la 2.ª Sala Penal del 11 de marzo del 2015 a la Sala Penal Plena respecto a la compatibilidad de la figura jurídica de la subsunción alternativa heterogénea (propia) con el art. 103.II GG; para una opinión contraria, v. la 4.ª Sala Penal: BGH NStZ-RR 15, 40; cfr. n. m. 64 s., 78.

— BGH wistra 15, 148: El § 2.III exige la aplicación de la ley que, en el caso concreto y luego de una comparación, se muestra en conjunto como la más favorable, es decir, que también lo es respecto a la declaración de culpabilidad y no solo a la determinación de la pena; cfr. n. m. 68.

— BVerfGE 128, 326: Inconstitucionalidad de las reglas de la custodia de aseguramiento; cfr. n. m. 69.

150 *Satzger*, International, § 11 n. m. 29 y ss.; acerca de la considerablemente notable influencia sobre el derecho procesal penal, sobre todo mediante los art. 5-7, EMRK v. *Beulke*, StPO, n. m. 9 y ss.

151 EGMR NStZ 08, 699 y NJW 10, 3145 (caso *Gäfgen*); v. también *Satzger*, International, § 11 n. m. 35 y ss.

— BGHSt NStZ-RR 13, 253: Aplicabilidad del derecho penal alemán a delitos de peligro abstracto (lavado de dinero) en el que el lugar de la acción es el extranjero, cuando el hecho previo se dirige contra un ciudadano alemán; cfr. n. m. 87, 91.

— BGH NStZ 15, 81 con obs. *Satzger*, Jura (JK) 15, 1011: No existe un hecho cometido dentro del país cuando el uso de símbolos por parte de organizaciones existentes en Internet, que son contrarias a la Constitución, provienen del extranjero; cfr. n. m. 87 s.

— BGH NJW 15, 3590 con obs. *Eisele*, NJW 15, 3593: La incorporación de símbolos esencialmente iguales, en el marco del § 20 I 1 Nr 5 VereinsG, representa una analogía prohibida porque ello va en perjuicio del autor; cfr. n. m. 72 s.

— EuGH HRRS 15 Nr 1007 (*Taricco et al*), con anotaciones *Gaede*, wistra 16, 89: Inaplicabilidad de regulaciones nacionales de prescripción cuando ellas llevan a que hechos que fundamentan una estafa grave no puedan ser sancionados jurídico-penalmente en un número considerable de casos, contrariamente al art. 325 TFUE, porque han prescrito de modo general antes de que la sanción jurídico-penal prevista en la ley pueda ser impuesta mediante una decisión judicial definitiva; cfr. n. m. 117.

§ 3 La persona como sujeto de derecho. La teoría jurídico-penal de la acción

123

Caso n.° 3

Mientras A y B caminan por la feria, se produce una discusión frente al puesto del comerciante H. En tales circunstancias, B empuja súbita y violentamente a A, quien cae sobre los jarrones de cerámica que H había puesto a la venta, rompiendo varios de ellos.

¿Es A punible por ello? **(n. m. 127, 136, 146, 152).**

I. El comportamiento humano como base del hecho punible

Todo análisis jurídico-penal parte de la cuestión de si un determinado suceso cumple con los requisitos previstos para un hecho punible y si este puede imputarse a una determinada persona como una obra libre de su voluntad. En el centro del suceso jurídico se encuentra **la persona como sujeto de derecho.** 124

Los preceptos penales están orientados a su comportamiento. El legislador se vincula a las **prohibiciones** y **mandatos** (extrapenales) preexistentes a las normas penales, para sancionar con una pena la realización de un tipo penal.

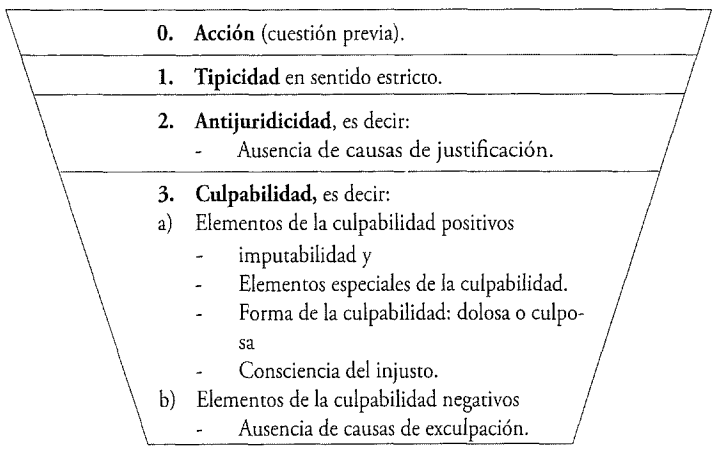
Así, por ejemplo, el § 212 se basa en la **norma de prohibición** "¡no debes matar!", y el § 242 en la prohibición "¡no debes robar!". En la base del § 323c se encuentra la **norma de mandato** "¡en caso de accidentes y de emergencia ayuda dentro de los límites de lo exigible!".

125 Un **delito** es una acción típica, antijurídica y culpable. De la relación funcional entre los niveles valorativos de la **tipicidad, antijuridicidad** y **culpabilidad** se desprende el modelo de la estructura tripartita del delito en el que se basa el StGB alemán y, por consiguiente, también el modelo a seguir para el análisis de casos.

126 Esta **estructura tripartita del delito** sirve como filtro. Dado que el punto de partida son todas las acciones, tiene que abordarse como cuestión previa el concepto de la acción. Mediante la creación de los tipos (en sentido restringido), el legislador selecciona aquellos comportamientos que, según su opinión, merecen y necesitan ser penalmente sancionados. Posteriormente, en el nivel de la antijuridicidad, serán excluidos aquellos comportamientos típicos que (excepcionalmente) no se encuentren en contradicción con el ordenamiento jurídico en general. Normalmente, la configuración del tipo constituye ya un indicio de la antijuridicidad. Por consiguiente, un análisis más detallado de la antijuridicidad resulta solo necesario —fuera de los denominados tipos abiertos como, por ejemplo, el § 240— cuando, en el caso concreto, concurren las denominadas causas de justificación (por ejemplo, legítima defensa) (más detalladamente, n. m. 480 y ss.). Finalmente, una pena solo puede ser impuesta respecto a un hecho cometido de modo culpable[1]. Por un lado, esto requiere la imputabilidad del autor; por otro lado, la reprochabilidad de la conformación y de la manifestación de la voluntad[2].

1 BGHSt 2, 194; BVerfGE 9, 167; 95, 96, 131.

2 Sobre la teoría del hecho punible, gráficamente, *Werle*, JuS 01, L 33, 41, 49, 57.


0. **Acción** (cuestión previa).
1. **Tipicidad** en sentido estricto.
2. **Antijuridicidad**, es decir:
- Ausencia de causas de justificación.
3. **Culpabilidad,** es decir:
a) Elementos de la culpabilidad positivos
- imputabilidad y
- Elementos especiales de la culpabilidad.
- Forma de la culpabilidad: dolosa o culposa
- Consciencia del injusto.
b) Elementos de la culpabilidad negativos
- Ausencia de causas de exculpación.

127

En el **caso n.° 3**, A podría haber incurrido en el delito de daños materiales previsto en el § 303. En primer lugar, tiene que determinarse aquí si la caída de A sobre los jarrones de cerámica puede calificarse como una acción.

II. El concepto jurídico-penal de acción

1. Las teorías causal, final y social de la acción

Al **concepto de acción** se le atribuye una doble función. Por una parte, debe poder servir como fundamento común de todas las formas de manifestación de un comportamiento jurídico-penalmente relevante (hacer, omitir; un hecho doloso e imprudente) (**función de base** del concepto de acción). La otra función, más relevante desde una perspectiva práctica, consiste en excluir aquellos comportamientos que escapan al dominio de la voluntad y, por lo tanto, no pueden considerarse como comportamientos propiamente humanos (**función de delimitación** del concepto de acción)[3]. 128

Plantearse a un **concepto de acción** del derecho penal. Son tres las teorías que han adquirido una gran relevancia en el debate científico sobre el concepto general de acción: 129

a) La antigua **teoría causal-naturalista de la acción** consideraba la acción humana como un proceso causal, para lo cual solo debía importar el movi- 130

3 Respecto a las funciones del concepto de acción, v. por ejemplo, S/S/W-StGB-*Kudlich*, Vor §§ 13 y ss. n. m. 12.

miento corporal causado por un acto voluntario y sus resultados en el mundo exterior, pero no el sentido social del suceso. De acuerdo con ello, una acción sería "un comportamiento corporal voluntario" (*Beling*) o la "causación de un cambio en el mundo exterior reconducible a la voluntad humana" (*v. Liszt*).

131 **b)** Según la **teoría final de la acción** (*Welzel, Maurach, Armin Kaufmann, Hirsch, Rudolphi, Stratenwerth, Kuhlen*, entre otros), actuar es el ejercicio de actividad final, o sea un suceso final y no solamente causal. Una actividad final es la producción consciente de efectos partiendo de un objetivo: la voluntad que dirige el suceso causal es la "columna vertebral de la acción final"[4], debido a lo cual el dolo es considerado parte del tipo (subjetivo).

Es decir, la teoría final trata de comprender el comportamiento humano en cuanto a su **concreto carácter y contenido** (por ejemplo, como acción de homicidio, de sustracción o de daños materiales). A diferencia de ello, en el ámbito de la acción, los defensores de la teoría causal se conforman con determinar *que* quien actúa lo haya hecho voluntariamente. *Aquello que* él ha querido y perseguido debe ser tomado en cuenta recién en el ámbito de la culpabilidad[5].

132 El **concepto intencional de acción** (*Kindhäuser, Schmidhäuser*) se funda, en ese sentido, en la teoría final de la acción al entender como un actuar solo aquellos comportamientos que se pueden interpretar a la luz de un propósito (intención). Pero este concepto rechaza una interpretación de la realización del tipo delictivo como un comportamiento final. Más bien, lo único decisivo sería que quien actúa esté en la situación física e intelectual de evitar la realización del tipo mediante su comportamiento (intencional)[6].

133 **c)** La **teoría de la acción social** (*Jescheck/Weigend, Kienapfel, Maihofer, R. Lange, Oehler, E.A. Wolff*; también cercano a ellos, *Arthur Kaufmann*) considera la relevancia social del hacer u omitir humanos como criterio general del concepto de acción para todos los comportamientos[7].

El concepto de la acción es descrito como "la producción voluntaria de consecuencias objetivamente calculables y socialmente relevantes"[8], "comporta-

4 *Welzel*, Lb, p. 34; instructivo: *Welzel*, JuS 66, 421; *el mismo*, NJW 68, 425; al respecto, *Jakobs*, Schreiber-FS, p. 949; resumidamente, *Küpper*, p. 44 y ss. Simismo *Zaczyk*, GA 2014, 73, 76 s.

5 Cfr. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 13 n. m. 68 y ss.; *Mezger*, Lb, § 14 III.

6 *Kindhäuser*, AT, § 5 n. m. 13 y s.; *el mismo*, en: Puppe-FS, p. 39, 59 y ss.; *el mismo*, Ostendorf-FS, p. 483 y ss.; *Schmidhäuser*, AT, 5/6 y ss.; véase también NK-*Puppe*, Vor § 13 n. m. 49.

7 Más detalladamente, al respecto, *Bloy*, ZStW 90 [1978], 609.

8 Así, por ejemplo, *Engisch*, Kohlrausch-FS, pp. 141 y 164.

miento objetivamente dominable en dirección a un resultado social objetivamente previsible"[9], "comportamiento conducido por la voluntad que afecta mediante sus consecuencias la esfera vital de otras personas y que, con base en criterios normativos, se presenta como una unidad de sentido social"[10], o como "configuración significativa de la realidad por medio de consecuencias causales dominables por la voluntad"[11].

d) La **teoría personal de la acción** de *Roxin* no está lejos de la teoría social de la acción. La teoría personal ve una "manifestación de la personalidad" en toda acción y, por eso, caracteriza como acción a aquello que se puede imputar a una persona en tanto centro de acción psicoespiritual[12]. 134

2. Toma de posición

La valoración crítica de las distintas opiniones tiene que orientarse de acuerdo con las funciones de base y de delimitación del concepto de acción señaladas al inicio (v. n. m. 128): 135

a) La **teoría causal de la acción** no puede explicar la omisión —debido a la falta de una causalidad real—[13]. Además, ella fracasa debido a su incapacidad para recoger apropiadamente el contenido de significado personal y social de la actividad humana, lo que resulta fundamental, pues el ser humano se distingue de otros seres vivientes justamente por contar con la capacidad de configurar su entorno mediante una actividad creativa.

b) Si bien en un inicio la **teoría final** está exenta de esta crítica, a ella se le tiene que criticar que la actividad humana no siempre se lleva a cabo mediante una permanente anticipación. Difícilmente podría decirse que en *toda* actividad el individuo se representa de entrada el objetivo de su comportamiento para, mediante un uso meditado de los factores causales, dirigirlo de acuerdo a un plan. Junto a las acciones conscientemente finales existen los comportamientos determinados por el subconsciente, por lo cual los finalistas tienen problemas para la comprensión de grupos de casos de culpa inconsciente.

9 *Maihofer*, Eb. *Schmidt*-FS, pp. 156 y 178.

10 *Eb. Schmidt*, JZ 56, 190; *el mismo*, *Engisch*-FS, p. 339.

11 *Kaufmann*, Arthur y Hans *Mayer*-FS, pp. 79 y 116.

12 *Roxin*, AT I, § 8 n. m. 44 y ss.; crít., *Gössel*, GA 2006, 279 y ss.; *Zaczyk*, GA 2014, 73 y ss.

13 *Kaspar*, AT, n. m. 61; *Krey/Esser*, AT, n. m. 288, con notas adicionales.

Ejemplo: Carece de finalidad, pero no de relevancia social, el comportamiento de una madre que, por imprudencia inconsciente, no advierte correctamente la situación de peligro y, como consecuencia de ello, permanece inactiva y no impide que, debido a una confusión, su hijo consuma un líquido con efectos mortales a fin de calmar su sed. Aquí no puede hablarse de una voluntad de la madre que dirige el curso causal de acuerdo con un objetivo consciente.

136 c) Es preferible la **teoría social de la acción** que representa una solución intermedia. Según la opinión que aquí se defiende, una acción en el sentido del derecho penal es **el comportamiento socialmente relevante dominado o dominable por la voluntad humana.**

Socialmente relevante es todo comportamiento que afecta las relaciones del individuo con su entorno y que puede ser objeto de un juicio valorativo respecto a sus consecuencias deseadas o indeseadas en el ámbito social[14].

En el **caso n.° 3**, el comportamiento de A es "socialmente relevante", puesto que afecta la propiedad del comerciante H y, con ello, intereses ajenos. Aquí solo queda preguntar si esto también era dominable por la voluntad de A (más detalladamente, n. m. 142).

137 El concepto social de acción vincula la voluntad de actuar y su realización a la estructura personal del comportamiento y, por ello, a circunstancias reales. Al mismo tiempo, ofrece la posibilidad de comprender el sentido social del suceso en su significado completamente objetivo, pero considerando, además, la finalidad subjetiva del autor y las expectativas normativas de comportamiento de la comunidad jurídica.

El "comportamiento" como concepto general comprende tanto el **hacer activo** como la **omisión**. A diferencia de una perspectiva ontológica (únicamente orientada a las circunstancias externas), bajo una consideración *normativa* el hacer y la omisión no representan opuestos incompatibles, sino solamente diversas formas de aparición de un comportamiento portador de voluntad (más detalladamente, n. m. 985 y ss.)[15].

138 En consecuencia, la teoría social de la acción no excluye los elementos causales y finales de la acción, sino que más bien los incluye.

Mientras que los finalistas quieren extraer de la estructura ontológica del actuar conclusiones inevitables para una teoría del delito desarrollada desde el concepto de acción,

14 Crít., *Herzberg*, *Jakobs*-FS, p. 147, 151 y s.

15 V., al respecto, también NK-*Puppe*, Vor § 13 n. m. 51 y ss.

la teoría de la acción social evita cualquier predeterminación anticipada en ese sentido. Su superioridad se manifiesta precisamente en que tiene la capacidad de comprender **el sentido del comportamiento humano relevante para el derecho penal** en sus diversas manifestaciones *sin* forzar, desde el principio, la estructura de la teoría del delito a un determinado sistema[16].

A diferencia del concepto de acción causal, orientado excesivamente a un solo aspecto, el concepto social de acción se corresponde, en cuanto a su naturaleza, con la finalidad particular y el carácter fragmentario del derecho penal, puesto que, a través del criterio de la relevancia social, aquel concepto se limita al ámbito del comportamiento que generalmente viene en consideración para una valoración jurídico-penal.

3. Capacidad de acción y ausencia de acción

El concepto de acción solo posee relevancia práctica con relación a dos aspectos: en primer lugar, respecto a la determinación de la capacidad de acción; y, en segundo lugar, respecto a la exclusión de determinados comportamientos (independientes de la voluntad)[17]. **139**

a) Es **capaz de acción** todo aquel que tiene la aptitud para realizar acciones en el sentido del derecho penal (n. m. 136), es decir, todas las personas naturales sin atender a su edad o estado mental. La capacidad de acción que depende de la voluntad natural tiene que distinguirse de la capacidad de culpabilidad o imputabilidad concreta-individual prevista en el § 20, la cual hace referencia a la capacidad de comprensión y dirección al momento de la comisión del hecho (cfr. n. m. 621 y ss.). **140**

Se considera (todavía) que las **personas jurídicas** y las personas colectivas con capacidad jurídica (OHG, KG, BGB-Außengesellschaft[18]) no son capaces de acción en un sentido natural y, por esa razón, no se les puede imponer penas. En consecuencia, en el ámbito de un colectivo la base para la responsabilidad penal solo puede ser el comportamiento de un individuo. La regulación de la responsabilidad de los órganos y de los representantes se encuentra en los §§ 14 StGB, 9, 29, 30 OWiG[19]. Como consecuencia de la tendencia en ordena- **141**

16 Cfr. *Jescheck*, Eb. *Schmidt*-FS, p. 139 y ss.

17 *Fuchs*, AT I, 7. Cap., n. m. 8, habla por eso de un concepto "abstracto-formal" de acción.

18 Acerca de la capacidad jurídica de las sociedades de la BGB: BGHZ 146, 341.

19 Más detalladamente, Achenbach/Ransiek/Rönnau-*Achenbach*, 1. Parte 2. Cap. n. m. 1 y ss., y 3. Cap. n. m. 6 y ss.; *Eidam*, Unternehmen und Strafe, 3. edic. 2008, n. m. 597 y ss.; *Fischer*, § 14 n. m. 1b y ss.; *Frisch*, Wolter-FS, p. 349; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, n. m. 906 y ss.; 974 y ss.; *Kudlich/Oğlakcıoğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2.ª

mientos jurídicos extranjeros[20] y en el ámbito de la UE, se exige cada vez en mayor medida también en Alemania que las empresas mismas sean sancionadas (**penas contra la empresa**). El trasfondo de ello son las dificultades que trae consigo un derecho penal únicamente individual cuando los responsables deben ser identificados en el marco de un colectivo que actúa mediante una división de tareas[21]. Los críticos de las penas contra las empresas traen a colación, además de la ausencia de capacidad de acción, una incompatibilidad con el principio de culpabilidad, puesto que la culpabilidad requeriría la reprochabilidad individual[22] (cfr. n. m. 611).

142 **b)** Ya desde el principio **falta una acción** en los meros **pensamientos y deseos**, cuando no se ha iniciado una actividad voluntaria referida al mundo exterior; en la omisión esto debe determinarse con base en la ausencia de los efectos que se hubieran producido como consecuencia del comportamiento jurídicamente exigido al agente. En consecuencia, los **movimientos reflejos** (como, por ejemplo, los ataques de epilepsia, los movimientos producidos durante el sueño o un estado de inconsciencia), así como las **reacciones producidas por el miedo** o las **puramente instintivas** y excluidas del dominio de la voluntad, no son acciones en un sentido jurídico-penal.

---

ed., 2014, n. m. 85 y ss.; SK-*Hoyer*, § 14 n. m. 2 y ss.; *Laue*, Jura 10, 339; MK-*Radtke*, § 14 n. m. 2; AnwK-StGB-*Tsambikakis/Kretschmer*, § 14 n. m. 41 y s.; instructivo, *Theile/Petermann*, JuS 11, 496.

20 Sobre todo en el ámbito jurídico anglosajón (EE. UU., Gran Bretaña, Canadá y Australia), pero también en Francia, España, Dinamarca, Suiza y Austria (al respecto, *Cantón*, Wolter-FS, p. 1371; *Kelker*, Krey-FS, p. 221; *Schmoller*, Küper-FS, p. 519; *Walther*, GA 2015, 682).

21 Respecto al proyecto de ley del Land Nordrhein-Westfalen para la implementación de un derecho penal de la empresa: *Fischer/Hoven*, ZIS 15, 32; *Löffelmann*, JR 14, 185; *Jahn/Pietsch*, ZIS 15, 1; *Mitsch*, NZWiSt 14, 1; *Rogall*, GA 15, 261; *Schmitt-Leonardy*, ZIS 15, 11; *Schünemann*, GA 15, 274 ss.; *Zieschang*, GA 2014, 91; sobre la discusión de la reforma: *Achenbach*, wistra 02, 441; *Böse*, Jakobs-FS, p. 15; *Dannecker*, GA 2001, 101; *Eidam*, Organisationsgedanke, p. 240 y ss.; *Heine*, Die strafrechtliche Verantwortung von Unternehmen, 1995; *Hettinger* (ed.), Reform des Sanktionenrechts, Band 3, Verbandsstrafe, 2002; *Jäger*, I. Roxin-FS, p. 43; *Leipold*, ZRP 13, 34; *Pelz/Salditt*, DRiZ 06, 139; MK-*Radtke*, § 14 n. m. 128; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996; *Roxin*, AT I, § 8 n. m. 61 y ss.; *Seelmann*, *Schmid*-FS, p. 169; *Trüg*, wistra 10, 241; *Vogel*, StV 12, 427; *Wehnert*, Rieß-FS, p. 811; sobre la pregunta de las consecuencias dogmáticas en la introducción de penas contra la empresa *Kulhanek* ZStW 127 [2015], 303.

22 *Frister*, AT, 3. Cap., n. m. 13-15; *Greco*, GA 2015, 503; *Köhler*, AT, p. 557; *Krey/Esser*, AT, n. m. 111; *Ransiek*, NZWiSt 12, 45.

La razón de ello radica en que en los movimientos reflejos se transmite un estímulo fisiológico desde un centro sensorial hacia un centro de movimiento **sin** intervención de la consciencia, o sea, un estímulo que se transforma inmediatamente en un movimiento **no dependiente de la voluntad**.

Por el contrario, tiene que afirmarse una acción cuando se trata de **reacciones espontáneas dominables** provenientes de una **disposición a actuar existente** (por ejemplo, protegerse de una avispa, maniobras de evitación durante la conducción de automóviles), en actos pasionales y en actos en cortocircuito, así como en actividades que se basan en modelos de conducta ya ensayados (por ejemplo, el pisado del embrague y el cambio de marcha al conducir un automóvil). En estos casos puede decirse que los comportamientos son en esencia controlados —aunque, en el caso concreto, tampoco son planeados conscientemente—[23]. 143

Finalmente, falta la calidad de acción en un comportamiento producido **de forma inmediata** mediante **fuerza física irresistible** (*vis absoluta*). Lo contrario de ello lo constituye la fuerza que únicamente doblega la voluntad (*vis compulsiva*), la cual deja incólume la cualidad de acción de aquel que actúa forzado a ello, pero voluntariamente. 144

Existe **vis absoluta**, por ejemplo, cuando E, propietario de una casa, propina un puñete a su hijastro S, a quien pedía abandonar la casa, dejándolo inconsciente y arrastrándolo hacia la puerta. Por el contrario, hay **vis compulsiva** si E fastidia y maltrata durante largo tiempo a S hasta que este deja de resistirse, se somete a las exigencias de E y termina abandonando la casa.

Los comportamientos producidos durante el **sueño** o en un estado de **inconsciencia** no constituyen acciones, puesto que no son controlados por la voluntad (por ejemplo, la mamá aplasta a su bebé durante el sueño)[24]. Esto también vale para los movimientos en un estado de sonambulismo, así como en un estado de profunda **hipnosis**, puesto que en tales estados no hay un control mental por parte del afectado[25]. De acuerdo con otra opinión, aquí existe una profunda perturbación de la consciencia en el sentido del § 20[26]. 145

23 En el resultado igual, *Kaspar*, AT, n. m. 68; *Merkel*, ZStW 119 [2007], 214.

24 V. solo *Kühl*, AT, n. m. 6.

25 Cfr. LK-*T. Walter*, Vor § 13 n. m. 38; con referencia al caso, *Kaspar*, JA 06, 855.

26 En ese sentido, entre otros, *Maurach/Zipf*, AT/1, § 16 n. m. 19; *Roxin*, AT I, § 8 n. m. 72.

146 En el **caso n.° 3**, la caída de A sobre los jarrones de cerámica de H fue una consecuencia inevitable del golpe propinado por B. La caída, como tal, no estaba dominada ni era dominable por la voluntad de A; si bien este acontecimiento puede ser imputado como acción a B, ello no es posible respecto de A. Como consecuencia de la fuerza externa ejercida sobre A, este fue utilizado como instrumento de B; en la práctica, no sería diferente si B hubiera arrojado un objeto contra los jarrones de H. Dado que el comportamiento de A se produjo mediante **vis absoluta** y tampoco nada conduce a considerar un comportamiento precedente conducido por la voluntad de A como punto de referencia para una responsabilidad penal del § 303, se excluye una sanción de A por daños como consecuencia de una acción imputable a él.

147 Cuando existan **dudas respecto a la cualidad de acción** se recomienda seguir la siguiente secuencia para el análisis de los casos con relevancia penal.

1. ¿Existe un **comportamiento humano**? Lo contrario está constituido por meros hechos naturales (deslizamiento de tierras, tormentas, etc.) y el comportamiento de animales.

2. ¿Este comportamiento estaba **dominado** o era **dominable** por la **voluntad** del individuo? Si la respuesta a esta cuestión —como en el caso en análisis— es negativa, no se requiere discutir más sobre la cuestión de la relevancia social.

3. ¿Este comportamiento humano conducido por la voluntad es también **socialmente relevante**?

Donde —como en la mayoría de casos— no haya **ninguna duda** respecto a la cualidad de acción del comportamiento no es necesario abordar la cuestión del actuar, sino que más bien hay que empezar inmediatamente con la comprobación de la realización del tipo.

148 **c.** La elección de otro **punto de partida** (temporalmente preexistente) puede llevar a otro resultado donde a primera vista parece no concurrir la calidad de acción.

Ejemplo: Después de irse a la cama, la mujer F lee una novela policiaca. Al lado de su cama, su hijo de 5 meses de edad duerme en una cuna. Cuando el fluido eléctrico se corta repentinamente, F enciende una vela y la coloca sobre el velador, pues quiere leer hasta el final el capítulo que ya ha iniciado. Sin embargo, durante la lectura F se queda dormida. Al mover un brazo durante el sueño, derriba la vela encendida como consecuencia de lo cual se inicia el fuego. Cuando F despierta, su hijo ya se ha asfixiado. F

sobrevive y cree que no es responsable por la muerte del niño, pues piensa que en este caso no existió una acción. ¿Es correcta su apreciación?

Respecto a estos hechos, queda excluido un delito doloso. Sin embargo, F podría ser punible por homicidio imprudente (§ 222). El **derribo de la vela encendida** causado por el movimiento del brazo realizado durante el sueño (o sea, fuera de un estado de consciencia) queda excluido como punto de referencia para la cuestión acerca de la existencia de una acción. No obstante, tiene que comprobarse si viene en cuenta un comportamiento precedente de F como fundamento de una valoración jurídico-penal: **encender una vela** (= hacer activo) fue una acción en el sentido anteriormente explicado, pero no configura el tipo del (§ 222) porque no es, por *sí* misma, un comportamiento defectuoso, ni tampoco expresa una falta de cuidado (cfr. n. m. 939). Otro punto de referencia posible está constituido por el hecho de **no apagar la vela** cuando surgieron los primeros signos de cansancio (= omisión contraria al deber). En tanto se trata de un comportamiento dominado o dominable por la voluntad humana y, además, socialmente relevante, esta omisión cumple con todos los requisitos del concepto de acción. Puesto que esto también puede entenderse como una ausencia de cuidado[27] y, además, puede afirmarse sin dificultad una posición de garante de F en el sentido del § 13, necesaria en el ámbito de la omisión (responsabilidad por una determinada fuente de peligro, deber de protección de la vida de su hijo; cfr. n. m. 1004 y ss.); este punto de referencia lleva a una solución adecuada del caso (homicidio imprudente con base en el §§ 222, 13, en forma de un delito de omisión impropia).

4. Conexiones con la teoría general del delito

En Alemania, la teoría de la acción ha ejercido una influencia dominante so- **149**
bre la **teoría general del delito**. Por un lado, existe una relación fuertemente marcada entre la teoría causal de la acción (v. arriba n. m. 130) y el antiguo sistema clásico del delito.

El sistema clásico del delito fue iniciado por *Franz v. Liszt* (1851-1919) y *Ernst v. Beling* (1866-1923). Según este sistema, el tipo se limitaba a la constatación no valorativa de que un resultado típico se había producido. La actitud subjetiva del autor con relación al suceso era considerada como dolo recién en el ámbito de la culpabilidad.

De otro lado, era y es reconocible también una muy estrecha conexión entre **150**
el concepto final de la acción y el sistema del delito de los finalistas derivado de él, el cual dio lugar a una **teoría del injusto personal** (cfr. n. m. 199).

Esta teoría, originada por Hans *Welzel* (1904-1977) —la que actualmente constituye la opinión completamente dominante— ubicó el dolo en el tipo de injusto; para los

27 V. BGHSt 23, 156, respecto al hecho de quedarse dormido durante la conducción de un automóvil, haciendo caso omiso a las manifestaciones de cansancio.

seguidores de la teoría final de la acción esto resulta obligatorio porque la voluntad que dirige el suceso constituye la columna vertebral de la acción.

151 Sin embargo, recién con la teoría social de la acción se pudo entender correctamente que la **limitada función** del concepto de acción en el sistema del delito, excluye la posibilidad de que se establezca previamente un criterio sistemático en los siguientes niveles valorativos (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) y, además, que la teoría del injusto y de la culpabilidad no puede forzar a la adopción de un determinado sistema solo con base en el concepto de acción. Como consecuencia de ello, la opinión dominante defiende en la actualidad una **teoría teleológica del delito**, según la cual los conceptos de "dolo" e "imprudencia" no solo describen formas de comportamientos, sino también la respectiva forma de culpabilidad, de modo que ambos elementos cumplen una doble función en la estructura del delito (en el injusto como en la culpabilidad).

Dentro de esta opinión dominante se puede ubicar, por ejemplo, a *Eser*, *Gropp*, *Hafi*, *Jäger*, *Jescheck*, *Köhler*, *Kühl*, *Roxin*, *Rudolphi* y *Wolter*.

152 En el **caso n.° 3**, A no es punible por el § 303 porque su comportamiento no tiene la calidad de acción (v. n. m. 146)

Parte II

Los delitos de comisión dolosa

§ 4 La creación de tipos penales y de grupos de delitos en la ley

Caso n.° 4 153

a) A se entera que su novia B ha heredado de sus padres, víctimas de un accidente mortal, una gran suma de dinero, la cual se encuentra en una caja fuerte ubicada en la pared de su librería. Dado que A cree que B disolverá el compromiso, ingresa por la noche —portando una pistola cargada— en el negocio de B, abre la caja fuerte con una llave falsificada y sustrae el dinero que se halla ahí con el objetivo de utilizarlo para sí mismo.

¿Cuál es la relevancia jurídica del hecho cometido por A? (**n. m. 154 y 169**).

b) ¿Para perseguir penalmente a A se requiere de una denuncia penal por parte de B? (**n. m. 169**).

I. Creación del tipo y sistemática de la ley

En el **caso n.° 4**, el comportamiento de A realiza el tipo básico de hurto (§ 242), los ejemplos generales referidos a un "caso especialmente grave" mencionados en el § 243.I 2 Nr 1 y 2, así como las circunstancias agravantes del § 244.I Nr 1a. Puesto que B es prometido de A, cuenta como una de las personas mencionadas en el § 11.I Nr 1a. Además, concurren los elementos atenuantes del § 247. Aquí surge la cuestión respecto a las consecuencias jurídicas que tiene la **concurrencia** simultánea de circunstancias **agravantes** y **atenuantes** en la realización de un tipo y si la persecución penal contra A puede ejercerse solo a iniciativa **estatal** o (respecto al § 247) **solo a solicitud** de B. 154

La creación y estructura de los tipos penales están sujetas a determinadas condiciones de legitimidad, las cuales son importantes para su clasificación y ám- 155

bito de aplicación. El **fundamento** y punto de partida para la creación de los tipos es el **bien jurídico protegido** (v, al respecto, n. m. 9 y ss.). Los delitos contra la vida y el cuerpo, contra la propiedad y contra el patrimonio se distinguen, por ejemplo, mediante sus correspondientes objetos de protección. Sin embargo, el núcleo de la creación de los tipos radica en la descripción definitiva de los requisitos de la punibilidad que caracteriza al tipo delictivo concreto, de cuya realización depende la aplicación de la consecuencia penal conminada y delimitada en un marco penal.

156 La mayoría de los preceptos de la parte especial tienen por objeto la creación de tipos penales. Sin embargo, también hay preceptos que no pueden ser caracterizados como un "tipo", pues solo contienen **reglas de determinación de la pena** (cfr. §§ 213, 243) o **reglas procesales** (cfr. §§ 230, 247, 248.a) (más detalladamente, n. m. 163 y s.).

157 Junto a los tipos penales que cuentan con una formulación completa, denominados **leyes penales completas** (por ejemplo: §§ 242, 246, 249), en el StGB y en el derecho penal accesorio también existen **leyes en blanco**, las cuales se remiten a otras leyes, reglamentos o actos administrativos para complementar el contenido de la prohibición (por ejemplo: §§ 184d, 315a I Nr 2). El tipo completo de las leyes en blanco recién surge de una lectura conjunta de la ley en blanco y la norma complementaria (teoría de la incorporación), ambas vinculadas al principio de determinación jurídico-constitucional previsto en el art. 103.II GG (v. n. m. 64). Sin embargo, a veces esto no es tenido en cuenta, especialmente en casos de remisión al derecho de la UE[1].

II. Modalidades del tipo y su significado

158 1. Modalidades dependientes e independientes

Entre los preceptos penales que protegen un determinado bien jurídico se encuentran diversos **grupos relacionados entre sí**, es decir, grupos que se componen del tipo básico del respectivo delito y las circunstancias agravantes o atenuantes, que pueden tener una naturaleza típica o no, vinculadas al tipo básico. Además, deben considerarse los casos en los que el desarrollo legal de

1 BGHSt 59, 11; BGH NJW 14, 1029, al respecto, *Böse*, Krey-FS, p. 7; *Bülte*, JuS 15, 769; *Hecker*, § 7 n. m. 76 y ss.; *el mismo*, JuS 14, 458 y ss.; *Heger*, Kühl-FS, p. 669; *Krey/Esser*, AT, n. m. 128; *Oğlakcıoğlu*, ZWH 14, 104; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 53 y ss.

un tipo delictivo lleva a que este se independice del tipo del que parte y obedezca jurídicamente a sus propias reglas, o sea, a que tenga que ser analizado con base en ellas.

a) El **tipo base** constituye la forma básica del tipo delictivo. El tipo básico **159**
contiene los requisitos mínimos de la punibilidad que caracterizan típicamente al delito (como, por ejemplo, el hurto del § 242 o la estafa del § 263) y determinan su contenido de injusto.

b) Las modalidades **agravadas** y **atenuadas** surgen cuando el legislador am- **160**
plía el tipo básico a circunstancias especiales (por ejemplo, respecto a circunstancias de tiempo o de espacio, forma de comisión, empleo de determinados medios, relación entre autor y víctima, etc.). Tales modalidades pueden ser consideradas como un **tipo** solo cuando afectan el contenido de desvalor del hecho y cuando (como, por ejemplo, el § 244 o los §§ 250, 251) representan una **regulación definitiva y obligatoria** en el sentido de que su existencia siempre, pero también solo entonces, da lugar a un marco penal agravado o atenuado (v. n. m. 32).

aa) Se habla de una **modalidad dependiente** cuando la variación de la forma **161**
del delito no elimina la dependencia de la cualificación o del privilegio respecto del tipo básico, sino que más bien genera distintas manifestaciones del delito jurídicamente vinculadas entre ellas por una **"relación gradual"** (por ejemplo: §§ 224-227 respecto al § 223). Aquí se habla de un "tipo cualificado" o de un "tipo privilegiado".

bb) Una **modalidad independiente** existe, por el contrario, cuando la nor- **162**
ma jurídica más específica se desprende del tipo original y llega a constituir un **nuevo delito con desvalor independiente** (*delictum sui generis*) (por ejemplo: § 252 respecto al § 242; § 237 [matrimonio forzoso][2] respecto al § 240). La existencia de este requisito tiene que determinarse en el caso concreto a través de la interpretación y de acuerdo con el sentido y la finalidad del precepto de la modalidad.

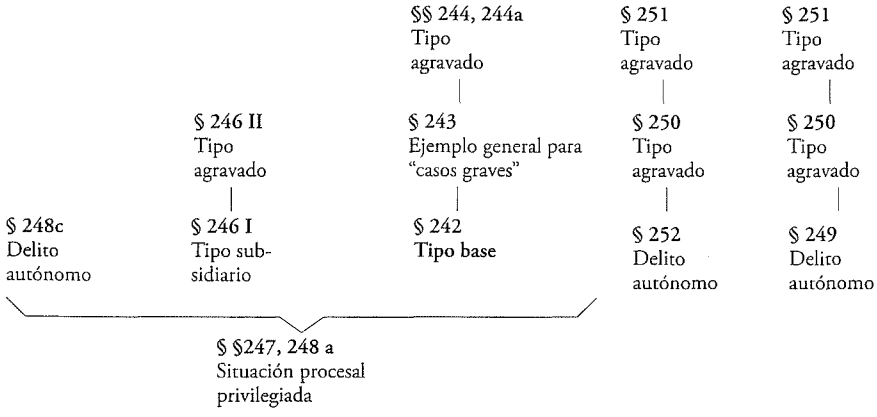
2 Al respecto: *Busch*, NJ 10, 18; *Bülte/Becker*, ZIS 12, 61; *Eisele/Majer*, NStZ 11, 546; *Ensenbach*, Jura 12, 507; *Haas*, JZ 13, 72; *Kubik/T. Zimmermann*, JR 13, 192; *Letzgus*, Puppe-FS, p. 1231; *Schramm*, Kühl-FS, S. 603; *Schumann*, JuS 11, 789; *Sering*, NJW 11, 2161; *Valerius*, JR 11, 430; sobre la "mutilación de genitales", v. el nuevo § 226a (BT-Drs. 17/13707); además, *Hahn*, ZRP 10, 37; *Rittig*, JuS 14, 499; *Valentiner*, StudZR 12, 461; *Zöller/Thörnich*, JA 14, 167.

163 **c)** Aquellos preceptos que contienen elementos adicionales respecto al tipo básico y que —a diferencia de los tipos cualificados o privilegiados— no dan lugar a una regulación obligatoria ni definitiva, sino que vinculan "por lo general" un marco penal modificado a la concurrencia de esos elementos adicionales (denominado como método de ejemplo general) constituyen solo **reglas de determinación de la pena**. Ellas no son tipos y tampoco tienen que ser analizados como tales. La presencia de un denominado ejemplo general solo constituye un indicio de la concurrencia de la consecuencia penal modificada (por ejemplo, en la forma de un "caso especialmente grave" del delito básico).

164 **d)** Además de ello, existen privilegios (jurídico-procesales) con fundamento político-criminal (por ejemplo, respecto a la exigencia de una solicitud privada de persecución penal) y que no hacen referencia al contenido de desvalor del hecho, sino solamente a la **procedibilidad de la persecución penal** (es decir, a requisitos procesales). Estos preceptos no son tipos, lo que tiene relevancia para las cuestiones sobre el error (más detalladamente, n. m. 735)[3].

El siguiente cuadro aclara lo señalado con relación a los §§ 242-252.

165 **e) Cuadro sobre la relación del § 242 y sus modalidades:**



Desde esta visión general, se aprecia que entre el tipo básico del hurto (§ 242) y sus modalidades dependientes (§§ 243, 244, 244.a, 247, 248.a) existe una **relación gradual**.

En consecuencia, la aplicación de los §§ 243, 244, 244.a, 247, 248.a siempre requiere que se haya configurado el tipo básico del § 242.

3 Cfr. también BGHSt 18, 123: irrelevancia del error sobre la relación de parentesco.

El § 244 (al igual que el § 244.a) constituye una modalidad **típica** que incrementa el desvalor de la acción del hecho y cuya regulación es **definitiva** y **obligatoria** para el juez penal; como tipo cualificado entra en consideración siempre, pero también solo cuando se realizan sus elementos específicos y los del § 242.

En cambio, el § 243.I no contiene una regulación definitiva ni obligatoria, sino que se trata de una mera **regla de determinación de la pena**[4] que no tiene la categoría de tipo[5]. La realización de uno de los **ejemplos generales** allí mencionados solo es un indicio de un caso especialmente grave del hurto.

El privilegio previsto en los §§ 247, 248.a solo afecta la **procedibilidad de la persecución penal**, pues hace depender esta de una solicitud privada como requisito procesal. Por tal razón, ambas reglas no constituyen tipos[6].

En el caso de la sustracción de energía eléctrica (§ 248c), robo (§ 249) y el hurto violento (§ 252), se trata de **delitos autónomos** que han partido del § 242 y han alcanzado autonomía. Aquí se excluye el recurso a las modalidades del tipo de origen (§§ 243, 244, 244.a, 247, 248.a)[7], a menos que la ley señale (como en el § 248c.III) expresamente que esto está permitido.

La apropiación indebida (§ 246) es un **tipo subsidiario** respecto al hurto y abarca todos los actos de apropiación que no están ya conminados en otros preceptos con una pena más grave (v., sobre la problemática del concurso, n. m. 1101)[8].

2. Concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes

Si alguien comete un hecho punible en el que concurre no solo el tipo básico, sino, además, circunstancias **agravantes** y **atenuantes**, entonces, surge la cuestión acerca de si el sentido y finalidad de la atenuación despliega un **efecto de bloqueo** frente a la agravación o si ambas pueden coexistir en el sentido de una **relación de complementariedad**: **166**

a) Si concurren los requisitos de un tipo agravado y de un tipo atenuado, la atenuación despliega un **efecto de bloqueo** frente a la agravación. **167**

4 BGHSt 23, 254; 26, 104; 33, 370; BGH JZ 02, 512 con obs. *Sternberg-Lieben*; al respecto también BGH wistra 03, 297; *Rengier*, BT I, § 3 n. m. 1; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 207 y ss.

5 De otra opinión, *Calliess*, NJW 98, 929; *Eisele*, Die Regelbeispielsmethode im Strafrecht, 2004, p. 354; *Jakobs*, AT, 6/99; *Krahl*, Tatbestand und rechtsfolge, 1999, p. 146; en profundidad, *Hettinger*, Maiwald II-FS, pp. 293 y 317.

6 BVerfGE 50, 205, 211.

7 Cfr. RGSt 66, 354; *Maurach/Zipf*, AT/1, § 20 n. m. 46.

8 Einzelheiten: BGHSt 47, 243; *Fahl*, Jura 14, 382; *Jahn*, JuS 00, 1167; *Kudlich*, JuS 01, 767; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 327, 440.

Ejemplo:

A configura el tipo privilegiado de homicidio a petición (§ 216) si mata a O a pedido expreso e indubitable de este. Si actúa con crueldad también configura el tipo de asesinato (§ 211). De acuerdo con la *ratio legis*, A solo puede ser sancionado por el § 216[9].

168 **b)** Por el contrario, de forma **complementaria** a las modalidades típicas y a las reglas de determinación de la pena, puede venir en consideración un privilegio jurídico-procesal.

Por eso, los §§ 243.I, 244 y § 247 no se excluyen mutuamente, sino que se complementan. En tal sentido, un hurto doméstico que es cometido bajo las condiciones de los §§ 243.I, 244 es un delito perseguible a instancia privada.

169 En el **caso n.° 4a**, el hurto cometido (§ 242) resulta cualificado como un caso especialmente grave al haberse configurado los ejemplos generales del § 243.I 2 Nr 1 y 2, y el hurto con armas previsto en el § 244.I Nr 1a. La pena es deducida del § 244 (más detalladamente, *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 264 y ss.). El § 242, en conexión con el § 243.I 2 Nr 1 y 2, está ya contenido en el § 244.I Nr 1a.

En el **caso n.° 4b**, de acuerdo con el § 247, es necesaria una solicitud de parte para que el hecho sea perseguido penalmente (v. n. m. 165).

§ 5 La teoría del tipo. Concepto y estructura del tipo de injusto

170 **Caso n.° 5**

a) E estaciona su automóvil frente a la filial de correo a poco del cierre, con la finalidad de entregar un certificado. Debido al apuro, E olvida sacar la llave de contacto y de cerrar el auto. A aprovecha esta inmejorable oportunidad y sustrae el auto para darse una "escapada". En el trayecto, A es intervenido por la policía a través de cuya intervención E recupera su automóvil.

¿Es posible determinar solo con base en el puro aspecto objetivo del suceso el tipo de injusto realizado por A? (**n. m. 198 y 211**).

9 *Bornemann*, Das Zusammentreffen vertatbestandlichter Strafmilderungs-und Strafschärfungsgründe, 2002, p. 152 y s.; *Küpper*, Meurer-GS, p. 123; similar en el resultado, aunque rechazando el efecto de bloqueo, *Herzberg*, JZ 00, 1093; *Seiler*, Die Sperrwirkung im Strafrecht, 2002, p. 281 y s.; Klausur bei *Gerhold/El-Ghazi*, JuS 14, 524.

b) En un bar de marineros en Hamburgo se desata una pelea masiva. Dado que A no quiere quedar como un cobarde, propina también algunos golpes ligeros. Paralelamente a ello, X propina a Y un duro golpe en las sienes, como consecuencia de lo cual este cae muerto. ¿Qué función cumple la consecuencia (muerte o lesión corporal grave) prevista por el § 231 (intervención en una riña) en el sistema del delito? ¿Puede ser sancionado A por el § 231, pese a que no ha previsto ni querido en modo alguno esas consecuencias graves? (**n. m. 211**).

I. La estructura fundamental del injusto penal

En el marco de la estructura tripartita del delito actualmente dominante (al respecto —con un gráfico— n. m. 125 y ss.), el fundamento del injusto penal es la **realización del tipo penal**. El contenido del injusto del hecho se manifiesta mediante los elementos típicos, los que describen el desvalor de la acción y del resultado típicamente delictivo (v. n. m. 29) del suceso. Un comportamiento es típico cuando se adecua a la descripción del injusto típicamente delictiva prevista en el tipo legal. 171

Sin embargo, quien realiza un tipo penal no actúa necesariamente de modo antijurídico. Si bien la realización del tipo constituye por lo regular un indicio de la **antijuridicidad** (con excepción de los denominados "tipos abiertos", en los que la antijuridicidad siempre tiene que ser constatada de forma positiva y por separado)[1], excepcionalmente, el comportamiento puede estar justificado cuando, en la concreta situación, el hecho está cubierto por una causa de justificación (regla autoritativa), cuyos requisitos se caracterizan por constituir un **tipo permisivo**. 172

Ejemplo: El homicidio doloso de otra persona configura el tipo del homicidio (§ 212). Si no se presenta ninguna causa de justificación, entonces, este comportamiento típico es antijurídico, pero él está permitido y es conforme al ordenamiento jurídico cuando se cumplen las condiciones de la legítima defensa (§ 32).

En ese sentido, el **juicio de desvalor definitivo** del ordenamiento jurídico respecto al hecho concreto no se realiza ya con la constatación de la tipicidad, sino recién con la afirmación de la antijuridicidad. La caracterización de un suceso como **injusto** tiene que atravesar dos niveles valora- 173

1 Cfr. BGHSt 35, 270, 275 respecto el § 240.II.

tivos: la comprobación de la **tipicidad del comportamiento** (valoración con base en el tipo legal) y la comprobación de la **no concurrencia de causas de justificación** (valoración con base en el ordenamiento jurídico en su totalidad)[2].

II. La teoría del tipo

174 Toda disposición penal contiene elementos referidos al hecho y al autor, cuya concurrencia constituye un **requisito de la punibilidad** del comportamiento. El significado exacto del **tipo** depende de la relevancia funcional de la construcción del concepto en un determinado contexto.

El § 16.I.1 se refiere, en cuanto a la exclusión del dolo, a las circunstancias del hecho que pertenecen al **tipo legal**, pero no define exactamente lo que quiere decir con este concepto. Algo similar existe en el § 22, en el que la ley exige para la tentativa que el autor se haya colocado en un estadio inmediatamente anterior a la realización del tipo.

1. El tipo en sentido amplio

175 El **conjunto de todos los requisitos de la punibilidad** es tradicionalmente denominado como **tipo en sentido amplio**.

Este concepto de tipo **amplio** comprende los elementos del tipo de injusto, de la antijuridicidad y de la culpabilidad, así como de las condiciones objetivas de punibilidad (o sea, las denominadas condiciones **adicionales**; es decir, en el § 231, también las consecuencias graves). Este concepto es importante en cuanto a la **función de garantía de la ley penal** (cfr. n. m. 61), pues incluye todos los requisitos de la punibilidad previstos legalmente, la cual no puede ser fundamentada ni ampliada con base en el derecho consuetudinario ni en la analogía en perjuicio del autor (se le denomina **tipo de garantía**).

2. El tipo en sentido restringido (tipo de injusto)

176 Una parte del tipo está constituida por el **tipo en sentido restringido**[3], el cual se agota en la descripción de aquellos elementos que otorgan al

2 Lehrreich zum Ganzen *Jäger*, Zurechnung, p. 3; crít. *Lesch*, Der Verbrechensbegriff; *Maiwald*, Puppe-FS, p. 695 ss.

3 *Beling*, Die Lehre vom Verbrechen, 1906; *el mismo*, Die Lehre vom Tatbestand, 1930; al respecto, también *Ambos*, JA 07, 1; *Hillenkamp*, Kirchhof-FS, Bd II, § 124; crít. *Pawlik*, Otto-FS, p. 133.

correspondiente delito sus características individuales y determinan su **contenido de injusto típico.**

177 La tarea del legislador penal consiste en elegir, entre la diversidad de posibles acciones desvaloradas, aquellos comportamientos que conminará con una pena debido a su dañosidad social y a su reprochabilidad ético-social (**función de selección** del tipo, v. n. m. 15).

178 La **creación del tipo** orientada a esa función cumple una finalidad doble. En primer lugar, ella da a cada ciudadano la posibilidad de orientarse por sí mismo respecto a lo que no está permitido y al grado de limitación que genera la prohibición general en la libertad social de actuación. Para ello, se describe con precisión el **comportamiento desaprobado**. Por otro lado, ella define un **tipo delictivo** claramente delimitado, que encarna la lesión típica del bien jurídico causada por el respectivo delito (por ejemplo, asesinato, hurto, estafa).

179 La tipicidad en sentido restringido solo da lugar a un juicio general-provisional y no a **un juicio definitivo** sobre la antijuridicidad y el carácter material de injusto del hecho; más bien, el **indicio** respecto a la antijuridicidad puede ser excluido por medio de la concurrencia de una causa de justificación (regla autoritativa) (v. n. m. 384 y ss.).

3. El tipo de injusto global

180 El concepto del **tipo de injusto global** (desarrollado por una opinión minoritaria) es más amplio que el tipo en sentido restringido, pero más reducido que el tipo en sentido amplio. Fuera de las condiciones objetivas de punibilidad y de los elementos de la culpabilidad, el tipo de injusto global contiene **todos los elementos que fundamentan y excluyen el injusto** de los que depende la calidad de injusto del comportamiento en un sentido positivo o negativo, respectivamente[4]. Su función radica en determinar de forma definitiva los límites entre derecho e injusto en el caso concreto.

De acuerdo con ello, el tipo de injusto global de un homicidio no solo abarcaría los elementos del tipo previstos en el § 212 (o sea, matar a otra persona), sino también los elementos de la legítima defensa contemplados en el § 32, puesto que solo con la determinación de la existencia o ausencia de estos es posible un juicio **definitivo** respecto a si el autor ha actuado conforme a derecho o, más bien, ha realizado el injusto del homicidio.

4 Sobre la teoría del tipo global del injusto v. *Kaspar*, AT, n. m. 80 y ss.; *Silva Sánchez*, ZIS 14, 546, 549 y s.

181 El concepto del tipo de injusto global entendido de esa manera se basa, de modo predominante, en la **teoría de los elementos negativos del tipo**[5]. De acuerdo con esta teoría, la tipicidad y la antijuridicidad se funden en una única categoría valorativa (**estructura bipartita del delito**: 1. Tipo de injusto global, 2. Culpabilidad)[6]. Los requisitos de las causas de justificación son incluidos del mismo modo, aunque en forma negativa ("y cuando los requisitos de la legítima defensa *no* existan [...]") en el tipo de injusto global ("elementos negativos del tipo"), al lado de los elementos positivos del tipo.

182 De acuerdo con esta perspectiva, el tipo y las causas de justificación no se hallan en una relación de **prohibición general y norma autoritativa independiente**, sino que, más bien, las causas de exclusión del injusto aparecerían como una simple limitación de la **norma de prohibición**. En lugar de "¡tú no debes matar!", la prohibición que se encuentra tras el § 212 sería "¡no mates a otro dolosamente, excepto en caso de legítima defensa, como soldado en una guerra, etc.!". Según esto, todo comportamiento justificado no estaría prohibido de antemano y no sería típico en absoluto en el sentido del tipo de injusto global.

183 La doctrina dominante rechaza acertadamente la teoría de los elementos negativos del tipo. Como consecuencia de que esta teoría niega la independencia de las normas autoritativas y solo las considera como limitaciones de las normas de prohibición, no comprende la **diferencia valorativa** entre un comportamiento de entrada atípico y un comportamiento típico, pero cubierto por una causa de justificación. Un comportamiento atípico puede representar un injusto (por ejemplo, el "préstamo" de un libro sin el consentimiento de su propietario) que justifica un derecho de legítima defensa (§ 32) a favor del afectado. Un comportamiento cubierto por una causa de justificación (por ejemplo, el uso no autorizado de un vehículo [§ 248b] en un estado de necesidad [§ 34] está justificado) es legal y tiene que ser soportado por el afectado. A este no le puede corresponder un derecho a la legítima defensa. Si, de acuerdo con la teoría de los elementos negativos del tipo, se considera que el comportamiento justificado no está prohibido de antemano, entonces, no podría señalarse que (ni por qué razón) el afectado está obligado a soportar una injerencia en sus bienes jurídicos. Este deber del afectado de soportar esa situación solo se puede deducir del carácter

5 Acerca del recurso a esta teoría para la fundamentación del error sobre las circunstancias justificantes del hecho que excluyen el dolo cfr. en la jurisprudencia RGSt 21, 189; 64, 101; BGHSt 3, 105.

6 *Arthur Kaufmann*, Schuld, p. 102; *Kindhäuser*, LPK, Vor § 32 n. m. 37; MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 36 y ss.

independiente de las normas autoritativas, las cuales conceden un derecho a llevar a cabo una tal injerencia.

Además de ello, la **ley misma** da a entender que las causas de justificación no pueden considerarse **elementos negativos del tipo**. Pues cuando los §§ 32 y 34 se refieren a los hechos cubiertos por la legítima defensa o cometidos en un estado de necesidad justificante como hechos "no antijurídicos", se expresa que las causas de justificación no excluyen ya el tipo como tal, sino solo la antijuridicidad del comportamiento típico[7]. 184

Sin embargo, una **estructura bipartita del delito** (injusto/culpabilidad) no está necesariamente sujeta a la teoría de los elementos negativos del delito. Aquella también puede defenderse con base en la teoría dominante del delito, si uno entiende el más amplio concepto de "injusto" como una unidad compuesta por la tipicidad y la antijuridicidad, es decir, que al final contiene tres niveles de valoración con sus respectivos y distintos problemas[8]. 185

A favor de la estructura bipartita se afirma que la **antijuridicidad** y la **culpabilidad** serían las "**categorías valorativas**" **realmente decisivas** del derecho penal. La tipicidad, en sí misma, no constituiría un nivel propio de valoración jurídica, pues ella llevaría a la constatación de la **conformidad con el derecho** o de la **antijuridicidad** recién mediante una interacción con las causas de justificación. Contra esto se puede alegar que los comportamientos atípicos son *per se* penalmente irrelevantes y se distinguen de los comportamientos típicos pero justificados por una regla autoritativa especial, en que en los primeros falta ya un perjuicio cualquiera para el bien jurídico penalmente protegido, lo que muestra la autonomía de los respectivos niveles de valoración. Sin embargo, tampoco debe prestarse una atención excesiva a la controversia referida a una estructura delictiva de tres o dos niveles en tanto exista acuerdo respecto a las cuestiones objetivas fundamentales. En todo caso, en cuanto se refiere a la estructura del delito, se pueden defender ambas posiciones. 186

La exposición que se hace en lo siguiente se sujeta a la **estructura tripartita** del delito. Además, cuando en el texto se haga referencia al tipo o a la tipicidad sin una distinción más detallada, se quiere dar a entender al tipo en sentido restringido, o sea, como tipo de injusto. 187

7 Exhaustivamente sobre la crítica: *Hirsch*, Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen, 1960, p. 275; *Jakobs*, AT, 6/54; *Jescheck/Weigend*, AT, § 25.III; *Schwarzer*, Die Rechtswidrigkeit im Tatbestand, 2013, p. 19 y ss.

8 Cfr., por ejemplo, S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 17-19; *Rinck*, Der zweistufige Deliktsaufbau, 2000; *Roxin*, AT I, § 10 n. m. 16, ss. y 23; similar, *Wolter*, Zurechnung, p. 143 y ss., quien habla de una estructura del delito "de tres niveles" con dos categorías valorativas; v., al respecto, también *Otto*, Jura 95, 468; NK-*Puppe*, Vor § 13 n. m. 14; *la misma*, Otto-FS, p. 389; *Streng*, Beulke-FS, p. 313.

III. Los elementos individuales del tipo de injusto

188 En el tipo de injusto tienen que distinguirse entre elementos descriptivos y normativos del tipo, así como entre elementos objetivos y subjetivos del tipo.

1. Elementos descriptivos y normativos

189 **a)** Son elementos **descriptivos** aquellos que expresan mediante una simple descripción el contenido material-objetivo de la prohibición o del mandato típico.

Son elementos descriptivos, por ejemplo, "cosa", "movible" y "sustraer" del § 242.

190 **b)** Los **elementos normativos** (que precisan una complementación valorativa) son aquellas circunstancias fácticas que solo pueden ser comprendidos en términos de los requisitos lógicos de una norma y fijadas mediante un juicio valorativo complementario del juez. Son ejemplos de estos elementos la "ajenidad" de la cosa o el "ánimo de apropiación" previstos en los §§ 242 y 249[9].

Las normas del derecho civil determinan si una **cosa** es **ajena** o no (como, por ejemplo, los § 929 ss. BGB) [10]**; en tal sentido, esta circunstancia fáctica constituye un elemento normativo.**

191 Resulta evidente que **es imposible realizar una delimitación absoluta entre elementos descriptivos y normativos.** Casi todos los elementos descriptivos tienen también un cierto matiz normativo. Ya la cuestión de si un animal es una cosa en el sentido de los § § 242 y 303, o desde cuándo un ser que se halla en la fase del parto es una persona en el sentido del §§ 211 y ss., no puede responderse sin consideraciones valorativas (con más detalles, n. m. 353).

2. Elementos objetivos y subjetivos

192 **a)** Se denomina elementos **objetivos** (externos) del tipo a aquellas circunstancias que caracterizan el aspecto externo del hecho. Estos elementos pueden ser descriptivos o normativos y pueden estar referidos al hecho o al autor.

9 Cfr. *Bülte*, JuS 15, 769 respecto a la delimitación entre un elemento normativo del tipo y una remisión en blanco.

10 Véase, más detalladamente, *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 79 y s.

Dada la diversidad de tipos de delitos, la forma y la cantidad de los elementos del tipo objetivo varía de delito a delito. Entre los elementos objetivos se encuentra la descripción del **sujeto**, del **objeto material** y de la **acción de ejecución**, además de las posibles **formas especiales de comisión, medios** y **circunstancias** y **modalidades del hecho** adicionales. La mayoría de las veces el tipo objetivo exige la producción de un determinado **resultado** como efecto externo de la acción. En los delitos de resultado, la **relación causal** entre la acción y el resultado constituye igualmente un elemento del tipo objetivo (no escrito o contenido en la descripción típica de la acción) (cfr. n. m. 217 y ss.).

La relevancia del **tipo objetivo** en los delitos dolosos radica sobre todo en que **todos sus elementos individuales** tienen que ser abarcados por el dolo típico (cfr. § 15). En tal sentido, todo error respecto a uno de esos elementos excluye el dolo típico (§ 16.I.1). Aquí es irrelevante si el error de tipo era evitable o inevitable. 193

La **antijuridicidad** del hecho como tal es un **elemento general del delito** y no un elemento del tipo. 194

Si un dispositivo penal contiene la palabra "**antijurídico**", entonces, hay que realizar la siguiente distinción:

Cuando este concepto aparece como **atributo de una circunstancia individual del hecho**, entonces, se trata de un **genuino elemento típico**, que tiene que estar abarcado por el dolo (por ejemplo, §§ 242.I, 249.I, 253.I, 263.I en referencia a la "antijuridicidad" de la apropiación intencionada o de la ventaja perseguida)[11].

Cuando el concepto "antijurídico" indica la **valoración del hecho global** (como, por ejemplo, en los §§ 240.II, 123.I), entonces, solo se trata de una referencia (realmente innecesaria) a la antijuridicidad como **elemento general del delito**, conectada con el requerimiento del legislador al juez de considerar la eventual concurrencia de causas de justificación como una posibilidad especialmente cercana. Esta antijuridicidad no tiene que estar abarcada por el dolo típico, pero constituye un punto de referencia para la consciencia del injusto perteneciente a la culpabilidad (cfr. § 17)[12]. Más detalladamente, n. m. 647 y ss.

b) Los elementos **subjetivos** (internos) del tipo son circunstancias relativas al ámbito psíquico-mental y al ámbito de la representación del autor. Como se ha visto, en la actualidad se reconoce ampliamente que tiene que considerarse en el **tipo de injusto** a los elementos subjetivos del tipo, los cuales caracterizan el **desvalor de la acción** (desvalor del comporta- 195

11 Cfr. BGH StV 09, 357; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 200, 585 y 719.

12 Similar en "no autorizado" (por ejemplo, § 238), al respecto AnwK-StGB-*Küpper*, § 238 n. m. 5; *Lackner/Kühl*, § 238 n. m. 6; *Mitsch*, Jura 07, 401.

miento) y ayudan a identificar con más detalle la **forma y modo especiales de la acción lesiva o peligrosa**[13].

196 Por el contrario, se puede considerar como **elementos de la culpabilidad** a aquellos elementos del tipo en sentido amplio que describen, de forma **inmediata y exclusiva**, la **falta de una actitud conforme al derecho** (por ejemplo, la "malicia" en los §§ 90.a.I Nr1, 130 I Nr. 2, II, 225 o la "desconsideración" en el § 315c I Nr. 2), cfr. n. m. 642.

197 Los **elementos subjetivos del tipo** como elementos del injusto se encuentran, ante todo, en los **delitos de intención**, en los que debe concurrir una representación del resultado o del objetivo en la acción ejecutiva como "**tendencia interna trascendente**", como, por ejemplo, el ánimo de apropiación del hurto o del robo (§§ 242 y 249), el ánimo de enriquecimiento en el extorsionador, estafador o receptador (§§ 253, 263 y 259), el propósito de asegurar las ventajas del hecho en el favorecimiento (§ 257), etc.

198 En el **caso n.° 5a**, la **relevancia de los elementos subjetivos del tipo** para el **tipo de injusto** se revela de modo especialmente claro mediante una comparación entre el § 242 y el § 248b.

El hurto (§ 242) y el uso no autorizado de un vehículo (§ 248b) son diferentes de acuerdo con sus tipos de injusto. Mientras que en el hurto el autor pretende desplazar **de forma permanente** al propietario de su posición de dominio material, para colocarse a sí mismo o a un tercero como "pseudopropietario", el autor del § 248b solo quiere lesionar de **forma temporal** la relación de dominio del legitimado al uso de la cosa, pero con el objetivo de devolverla con prontitud luego de haberla usado sin autorización.

A sustrajo el auto y lo usó sin autorización. Sin embargo, este suceso **objetivo** no ofrece suficiente información acerca de si el hecho se adecua al tipo delictivo del § 242 o del § 248b. Esto recién puede deducirse de la existencia o ausencia del **ánimo de apropiación** (subjetivo) de A **al momento de la sustracción**. Si, después de conducir el automóvil, A quería retornarlo a un lugar desde donde E pudiera volver a ejercer el dominio material original que tenía sobre aquel sin mayor esfuerzo ni por azar, entonces, **tendría que negarse el tipo subjetivo de injusto del** § 242 debido a la ausencia de un ánimo de apropiación, y solo quedaría lugar para el § 248b. Por el contrario, si A quería dejar posteriormente el automóvil en un lugar en el que estuviera expuesto al acceso de cualquier tercero y su retorno a E quedaba librado al azar, entonces, se realiza el tipo de objetivo y subjetivo de injusto del § 242 (cfr. BGHSt 22, 45; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 156).

13 S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 52 y ss.; v. también *Stübinger*, Puppe-FS, p. 263. Respecto a los sistemas del delito diferentes, v. arriba n. m. 102.

Igualmente, en la actualidad el **dolo**, como elemento subjetivo del tipo, es acertadamente considerado en el ámbito del **injusto de la acción** y no —de acuerdo con el sistema clásico del delito antiguamente dominante (v. n. m. 149)— solamente como una forma de la culpabilidad: 199

Para la **teoría final de la acción**, la ubicación del dolo en el tipo de injusto se da por sí misma, pues la voluntad que conduce el suceso constituye la columna vertebral de la acción y, por eso, es considerada por esa opinión como el núcleo de un injusto de la acción personal (teoría personal del injusto[14]; cfr. también n. m. 131).

Pero también con base en una **teoría social de la acción** (v. n. m. 133), la cual considera a la acción típica como una unidad de sentido jurídico-social dominada por la voluntad humana, pueden esgrimirse razones de peso a favor de que el dolo típico, en tanto circunstancia psíquica (saber y querer respecto a la realización del tipo objetivo) sea ubicado en el tipo subjetivo de injusto. Esto podría verse ya en aquellos tipos que contienen descripciones que incluyen acciones orientadas a una finalidad y que no pueden determinarse sin recurrir al dolo, pues desaparecería el sentido real de la acción (por ejemplo, "apropiarse" en el § 246). También en la tentativa resulta obligatorio considerar el dolo típico como elemento subjetivo del injusto, puesto que, a fin de cuentas, depende del dolo el tipo de injusto que viene en consideración. No existen razones por las cuales debe cambiarse esta ubicación sistemática cuando un hecho pasa de la tentativa a la fase de consumación.

3. La "doble función" del dolo

Pero la ubicación del dolo en el tipo subjetivo de injusto no trae como necesaria consecuencia que el dolo pierda toda relevancia en el ámbito de la culpabilidad. Más bien, la estructura del delito dominante, de orientación teleológica (v. n. m. 151), parte de que el dolo tiene que cumplir al final una **doble función** en el sistema del delito: como **forma de comportamiento** y como **forma de culpabilidad**. 200

El derecho penal alemán es dominado por el **principio de culpabilidad**, según el cual tiene que existir una correspondencia mutua entre culpabilidad y pena. A través de la circunstan- 201

14 Sobre el estado de la teoría del injusto personal, cfr. *Duttge*, Otto-FS, p. 227; MK-*Freund*, Vor §§ 13 y ss. n. m. 24, ss., 127 y ss.; *Hirsch*, Uni-Köln-FS, p. 399; *Armin Kaufmann*, Strafrechtsdogmatik zwischen Sein und Wert, 1982, p. 151; *Lampe*, Das personale Unrecht, 1967; *Otto*, ZStW 87 [1975], 539; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 315; *Sánchez*, GA 2013, 611; *Zaczyk*, Otto-FS, p. 191. Acerca de la relevancia del resultado para el injusto y la culpabilidad, v. *Dencker*, Armin Kaufmann-GS, p. 441; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, p. 164; *Roxin*, AT I, § 10 n. m. 67.

cia de que en la ley la conminación penal para los hechos imprudentes sea esencialmente menor respecto a los delitos dolosos, se manifiesta la idea del legislador de que entre hechos punibles dolosos e imprudentes existe no solo una diferencia respecto al injusto del comportamiento, sino también una **diferencia en la culpabilidad** que afecta la cantidad de la pena. De esto puede deducirse que con los conceptos "dolo" e "imprudencia" la ley hace referencia **no solo** a dos **formas de comportamiento diferentes**, sino, al **mismo tiempo**, a dos **formas de culpabilidad diferentes**, de las cuales una realización "dolosa", en el sentido de una culpabilidad dolosa, representa el nivel más grave, y la "imprudencia", en el sentido de una **culpabilidad imprudente**, un nivel más leve de culpabilidad. Así como el concepto de la imprudencia reúne elementos del injusto y de la culpabilidad (cfr. n. m. 926 y ss.), al concepto del dolo también le corresponde una **doble función**:

202 En el **tipo de injusto**, el dolo, en tanto **forma de comportamiento**, es **portador del sentido jurídico-social de la acción**, el cual comprende las relaciones psíquicas del autor con el suceso fáctico exterior. En el **ámbito de la culpabilidad**, el dolo, como **forma de culpabilidad**, es **portador del desvalor de la actitud interna**, el cual expresa la insuficiente consciencia jurídica que va típicamente conectada a la realización dolosa del tipo.

203 Mientras que, a **nivel de la tipicidad**, la determinación de los comportamientos dolosos e imprudentes, así como su delimitación, dependen solo de **si** la voluntad de actuar estaba dirigida a la realización de todos los elementos objetivos del tipo, en el **ámbito de la culpabilidad** se trata más bien de la cuestión de **por qué** se ha llegado a la voluntad de realización y si la disposición de la voluntad del autor se basa únicamente en una actitud interna jurídicamente reprochable, que es contraria a los valores del ordenamiento jurídico. Así como la tipicidad del comportamiento constituye un indicio respecto a la antijuridicidad del hecho (cfr. n. m. 179), el **dolo típico**, como elemento subjetivo del injusto, ofrece un **indicio** acerca de la existencia de la **culpabilidad dolosa**. Este indicio puede rebatirse en algunas situaciones, como, por ejemplo, en casos de una suposición errónea respecto a las circunstancias justificantes del hecho; más detalladamente n. m. 693, 697 y ss[15].

204 La cuestión referida a cómo la doble naturaleza del dolo, como forma del comportamiento y de la culpabilidad, repercute en la **estructura del delito**, puede ser aclarada de la siguiente manera:

15 Básico sobre el tema, *Herzberg*, BGH-Wiss-FS, p. 51; *Jescheck/Weigend*, AT, § 24.III.5, § 39.IV.4; *Wolter*, Zurechnung, p. 152; en contra, *Freund*, AT, § 7 n. m. 30 y s.; respecto a los defensores de la teoría del dolo, v. *Langer*, GA 1976, 193, 214; *Otto*, Grundkurs AT, § 7 n. m. 47, 62 y § 15 n. m. 4 y ss.

Ejemplo: Si A lesiona a B golpeándole con una piedra, para afirmar la **tipicidad** del comportamiento tiene que probarse, en el tipo subjetivo del § 223, si A ha provocado de forma dolosa (consciente e intencionalmente) o imprudente (no intencionalmente, pero bajo inobservancia del cuidado exigido en el tráfico) el resultado de lesión en perjuicio de B. Si se afirma la existencia de una lesión corporal **dolosa**, la cual también es antijurídica por falta de una causa de justificación (como aquí se supone), queda por considerar, en el ámbito de la culpabilidad, si tiene que imponerse a A un reproche por una culpabilidad dolosa. Por lo general, el dolo típico provee un indicio de ello, de modo que la culpabilidad dolosa no tiene que fijarse por separado. Pero, por el contrario, un tal indicio sería refutado si, al golpear con la piedra, A quería rechazar un supuesto ataque inminente contra su vida por haber supuesto **erróneamente** que B estaba a punto de dispararle con un revólver (caso de la denominada legítima defensa putativa; cfr. n, m. 534, 697 y ss.). En tal caso, el dolo típico de A no se basaría en una actitud hostil o indiferente hacia el derecho y, como consecuencia de ello, no se justificaría un reproche contra él por una culpabilidad dolosa. Por falta de una culpabilidad dolosa, según la opinión dominante (de acuerdo al sentido de la regulación del § 16.I), A no sería sancionado por lesiones corporales dolosas. Sin embargo, quedaría por comprobar si el error de A, respecto a las concretas circunstancias en las que actuó, se debe a su **imprudencia** y, por lo tanto, si puede imponerse contra él un reproche por un comportamiento imprudente (§ 229). Respecto a las **cuestiones estructurales** adicionales conectadas a esto, v. n. m. 1217 y ss.

En la **jurisprudencia** tampoco es extraña la diferenciación entre el dolo como forma de comportamiento y como forma de culpabilidad. En tal sentido, el BGH nunca ha dudado de que un inimputable (§ 20) o un sujeto en estado de ebriedad actúan dolosamente respecto a la comisión de un hecho en esa condición, en el sentido del § 323a, es decir, que pueden realizar "consciente y voluntariamente" el tipo objetivo de injusto de un determinado delito (como, por ejemplo, del § 212, del § 263 o del § 303). Incluso, en el § 263, por ejemplo, el autor que se encuentra en estado de ebriedad tiene que haber considerado que la información inexacta brindada por él no es cierta[16]. En ese sentido, el BGH suele denominar "dolo natural" al dolo previsto en la ley como forma de comportamiento (dolo típico) para delimitarlo del dolo como forma de la culpabilidad (objeto del reproche de la culpabilidad dolosa)[17]. **205**

16 BGHSt 18, 235.

17 Cfr. BGH StV 94, 304; BGHSt 23, 356.

IV. Requisitos especiales de la punibilidad y de la perseguibilidad

1. Condiciones objetivas de la punibilidad (denominado anexo del tipo)

206 Las **condiciones objetivas de la punibilidad** se hallan fuera del tipo y si bien, en tanto "**anexos del tipo**", pertenecen a los requisitos materiales de la punibilidad, no están abarcadas por el dolo típico[18]. Aquellas están excluidas del ámbito de aplicación del § 16.I, de modo que solo importa su existencia objetiva. Respecto a cuestiones estructurales, véase el n. m. 1201.

Mientras que en la creación de los tipos de injusto, el legislador reúne aquellos elementos que caracterizan al correspondiente tipo delictivo y definen con más precisión su propio desvalor (v. n. m. 176), mediante la inclusión de una **condición objetiva de la punibilidad**, aquel manifiesta que solo existe **necesidad de una pena** cuando (junto a la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) también se satisfacen los requisitos de esa condición de punibilidad. La frecuentemente difícil constatación de si una circunstancia mencionada en la ley pertenece a los elementos del tipo o si únicamente representa una condición objetiva de la punibilidad solo puede lograrse por medio de la interpretación de la ley.

207 A las **condiciones objetivas de punibilidad** pertenecen, de acuerdo a la opinión dominante, por ejemplo, las consecuencias graves provocadas por la intervención en una riña previstas en el § 231[19], la comisión de un hecho antijurídico en estado de ebriedad (§ 323a)[20], la no demostrabilidad de la verdad de los hechos lesivos del honor supuestos o divulgados (§ 186)[21], así como la suspensión de los pagos, la apertura de un proceso de insolvencia o el rechazo de la solicitud de apertura de un concurso por ausencia de masa en los §§ 283.VI, 283d IV[22].

208 La **naturaleza jurídica** y la legitimación de la existencia de las condiciones objetivas de punibilidad son discutidas. Por un lado, la legitimación de su existencia es totalmente negada[23], por el otro, se critica a algunas condiciones de punibilidad su incompatibilidad con el principio de culpabilidad[24]. Ellas serían solo "aparentemente" objetivas, pues, en realidad,

18 Por todos *Rönnau*, JuS 11, 697 ss.; *Satzger*, Jura 06.108 ss.
19 BGHSt 14, 132; 16, 130.
20 Cfr. BGHSt 16, 124; 20, 284.
21 BGHSt 11, 273, 274.
22 Cfr. BGHSt 28, 231, 234.
23 *Bemmann*, Zur Frage der objektiven Bedingungen der Strafbarkeit, 1957.
24 Respecto a la sugerencia de una reducción conforme a la Constitución (solo) del § 323a, v.

serían elementos del injusto o de la culpabilidad respecto a los cuales tendría que existir mínimamente imprudencia[25]. Resulta correcto que el legislador formule en los correspondientes tipos aquellos comportamientos peligrosos en un sentido abstracto, que él considera **merecedores de pena**. Sin embargo, debido a la función de *ultima ratio* que cumple el derecho penal, solo se conminarán con una pena cuando también exista la **necesidad de penar** el comportamiento. Esta función limitadora de la punibilidad también es cumplida por las condiciones de punibilidad, las cuales —de modo compatible con el principio del Estado de derecho— pueden entenderse objetivamente, puesto que interpretadas de esa manera tienen efectos **favorables para el autor**[26]. En tal sentido, el contenido de injusto del § 231, como delito de peligro abstracto, se agota con la intervención dolosa en una riña o en una agresión realizada por varias personas porque las peleas masivas frecuentemente traen consigo graves consecuencias y luego no es posible determinar quién ha sido el causante de cada una de ellas. Así, quien asume un riesgo previsible por todos, respecto a la producción de una consecuencia grave, puede ser sancionado por ello cuando ese riesgo se realice sin necesidad de haber actuado dolosamente (o imprudentemente) respecto a dicha condición objetiva de la punibilidad[27].

Las condiciones objetivas de la punibilidad, cuya inexistencia genera la no punibilidad por el hecho para todos (v., al respecto, también el resumen en n. m. 1140), se distinguen de las **causas personales de exclusión de la punibilidad** (cfr. § 218.IV.2 o § 258.VI) y de las **causas personales de cancelación de la punibilidad** (como, por ejemplo, el § 24), las cuales solo favorecen a aquellos intervinientes en el hecho en cuya persona concurren (más detalladamente, n. m. 725 y s.). **209**

En el **proceso penal**, la falta de una condición objetiva de punibilidad lleva a la **absolución**.

De acuerdo con una opinión acertada, la **aplicabilidad del derecho alemán** representa una condición objetiva de la punibilidad, la cual, sin embargo, tiene que abordarse en el marco de una constatación previa, por lo cual se tiene que hablar[28] de una "**precondición** objetiva de la punibilidad". **209a**

Kaspar, AT, n. m. 232.

25 Cfr. solo *Roxin*, AT I, § 23 n. m. 7 y ss.; v. también *Jescheck/Weigend*, AT, § 53.I.2, quienes hablan de condiciones de la punibilidad "propias" e "impropias".

26 *Satzger*, NStZ 98, 112, 116; *el mismo*, Jura 06, 108, 111.

27 *Geisler*, GA 2000, 166; *Hohmann/Sander*, BT II, § 10 n. m. 15; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 343; *Zopfs*, Jura 99, 172; de otra opinión, *Rönnau*, JuS 11, 697, 698 y *Roxin*, AT I, § 23 n. m. 12 y s., los que exigen que el autor haya podido prever la muerte, etc., en el caso concreto.

28 V., al respecto, *Satzger*, Jura 10, 111; *Murmann*, Grundkurs, § 14 n. m. 11; diferenciadamente, *Böse*, Maiwald II-FS, p. 61 y ss.

2. Requisitos para la persecución penal

210 Las condiciones objetivas de punibilidad tienen que distinguirse de los **requisitos de perseguibilidad** y de los **obstáculos a la persecución penal**, los que si bien están parcialmente previstos en el StGB (como, por ejemplo, una solicitud privada de persecución penal, §§ 77 y ss., o la prescripción, §§ 78 y ss.[29]), debido a su naturaleza, pertenecen al derecho procesal penal (se los denomina **requisitos procesales**). Ellos se encuentran absolutamente excluidos de todos los conceptos relativos al tipo, puesto que no afectan la punibilidad del comportamiento, sino solo la **admisibilidad de la persecución penal.**

Por eso, en caso de ausencia de un requisito procesal o de existencia de un obstáculo para la persecución penal, el proceso penal no termina con una absolución, sino que, más bien, **es sobreseído** (cfr. §§ 170.II.1, 206a, 260.III StPO[30]; respecto al lugar donde se realiza su comprobación, cfr. n. m. 1201).

211 Es decir, en el **caso n.° 5a** no puede deducirse el tipo de injusto que A ha realizado solo con base en los hechos objetivos. El § 242 se configura si A quiere desplazar a E de su dominio material de un modo permanente. Si A solo pretende realizar un uso temporal, se configura el § 248b (v. n. m. 198).

En el **caso n.° 5b** se configura el § 231 si A participa de modo reprochable en la riña. Aquí debe partirse de esto. Respecto a la consecuencia grave (muerte de Y), se trata de una condición objetiva de la punibilidad, respecto de la cual no se requiere dolo ni imprudencia (v. n. m. 206).

§ 6 El tipo objetivo del injusto. Causalidad del resultado e imputación objetiva

212 **Caso n.° 6**

a) M y T rivalizan por el amor de W, quien es anfitriona en un restaurante. Debido a esa circunstancia, en el restaurante se produce entre ellos una escena de celos e, incluso, actos violentos. Concretamente, cuando T trataba de huir a una zona privada del local de W, M le asestó furiosamente y con dolo homicida una puñalada en el pecho con el objetivo de alcanzar la zona del corazón. Como consecuencia

29 Sobre la discutida naturaleza jurídica de la prescripción, v. *Satzger*, Jura 12, 433, 442, con notas adicionales.

30 Detalles, v. *Beulke*, StPO, n. m. 290 y ss.

de ello, T resultó lesionado. Sin embargo, las lesiones producidas a T podían ser tratadas sin problema mediante una rápida intervención, puesto que la puñalada fue detenida por su billetera y, por eso, no pudo penetrar muy profundamente en el tórax. ¿Cómo debe resolverse la cuestión referida a la causalidad y a la imputación del resultado si tras la operación T muere en el hospital como consecuencia de una fuerte infección de las heridas? (**n. m. 214, 244 y 298**).

b) ¿Cambiaría el resultado en el caso a) si, camino al hospital, la ambulancia choca contra un camión que se le cruza infringiendo las reglas del tráfico y T resulta lesionado mortalmente como consecuencia de ello? (**n. m. 214, 244 y 299**).

c) V desea volar con un parapente. Para ello le pide a su amigo F, experimentado en el uso del ala delta, que le dé un parapente y que le ayude. F acepta esto con gusto. Pero cuando V le comunica a F que iniciaría su vuelo ese mismo día desde una montaña, este le desaconsejó con insistencia ejecutar su plan, puesto que las condiciones climáticas eran muy peligrosas para un principiante. Pese a que V no cambió de opinión, F le entregó el parapente que le había solicitado, asumiendo que V tenía que saber lo que hacía. Luego de un breve vuelo, V se estrella contra una roca en la montaña. ¿Se puede imputar a F la muerte de V? (**n. m. 214, 244 y 300**).

d) A conduce a excesiva velocidad por la calle de una zona residencial, cuyo uso peatonal está permitido. N, que precisamente se encuentra junto a su ventana, ve como A no puede frenar cuando un pequeño niño atraviesa la calle. A consecuencia de ello, N sufre un *shock* tan grave que termina muriendo. ¿Tiene que imputarse a A la muerte de N? (**n. m. 214, 244 y 301**).

I. Los fundamentos de la responsabilidad penal[1]: la relación entre acción y resultado

En los **delitos de resultado** (n. m. 37), en los cuales la ley penal exige, junto a la acción, la producción de un determinado resultado (como, por ejemplo: en el § 212, la muerte de una persona), solo se realiza el tipo de injusto si existe una relación entre acción y resultado, que pone de manifiesto que el resultado concretamente producido ha sido provocado por el autor[2]. **213**

Esta exigencia existe no solo respecto a los delitos dolosos, sino también a los delitos imprudentes (v., sobre esto, n. m. 925 y ss.). En el ámbito de los delitos de mera actividad

1 Respecto a la cuestión acerca de si en el derecho penal se puede hablar de "responsabilidad": *Achenbach*, Imme Roxin-FS, p. 11 (contra) y *Kuhlen*, NZWiSt 15, 121 (pro).

2 Cfr. *Kühl*, JA 09, 321, 325 y ss.

(n. m. 39), puede no surgir esta cuestión, pues allí basta la ejecución de la acción prevista en la ley para la configuración del tipo (como el "falso juramento" del § 154).

214 En consecuencia, en el **caso n.° 6**, la existencia de un homicidio doloso **consumado** o **en grado de tentativa** [en el caso **a)** y **b)**] o, incluso, ya de modo general, la de una punibilidad [en el caso **c)** y **d)**], o sea, por homicidio imprudente, depende de la cuestión respecto a la causalidad e imputación (¡una punibilidad por imprudencia sin un resultado causado de forma imputable —una "cuasitentativa de delito imprudente"— no existe *a priori*!).

215 La relación necesaria entre acción y resultado está sometida a dos requisitos. En principio, tiene que preguntarse por el nexo de causalidad entre la acción y el resultado. Aquí se trata de una **cuestión** esencialmente **empírica**[3]. La mayoría de las veces es difícil establecer una conexión de esa clase. Luego de ello, tiene que abordarse la cuestión referida a si el resultado concreto que se ha producido no solo se puede atribuir de alguna manera al autor, sino si realmente esto aparece como **obra suya**; es decir si se le puede imputar. A través de este segundo filtro, se consigue, por medio de un criterio de imputación más **normativo**, es decir, más valorativo, limitar sensatamente la amplitud del concepto de causalidad y la correspondiente responsabilidad del autor[4].

216 De forma resumida puede decirse que la relación causal entre acción y resultado es un requisito necesario, pero insuficiente para la imputación del resultado. Más bien, tiene que realizarse un **análisis en dos niveles**:

- **Causalidad** entre acción y resultado (al respecto, II).
- **Imputación objetiva** del resultado (al respecto, III).

II. El nexo de causalidad entre acción y resultado

217 El StGB no dice nada sobre la cuestión de la causalidad (ni sobre la imputación del resultado); la solución de estas cuestiones ha sido dejada a la doctrina y a la jurisprudencia. De las distintas teorías de la causalidad, actualmente (en el derecho penal) solo dos de ellas son aún defendidas en lo esencial. Ellas se

3 Empírico = que se desarrolla a partir de la experiencia, extraído de un experimento, cfr. *Duden*, Das Fremdwörterbuch, 26, ed. 2014.

4 *Hübner*, Die Entwicklung der objektiven Zurechnung, 2004; *Koriath*, Kausalität und objektive Zurechnung, 2007; v. también *Kretschmer*, NStZ 12, 177.

distinguen más en la fundamentación que en los resultados. La **fórmula de la *conditio sine qua non*** de la jurisprudencia (un sector de la doctrina), y la **teoría de la condición adecuada**, fuertemente defendida en la doctrina. Ambos planteamientos parten de que todas las causas del resultado poseen el mismo valor, es decir, que respecto a la cuestión de la causalidad no se asume una distinción valorativa respecto de los factores causales cercanos y lejanos, ni de los típicos y meramente casuales. En consecuencia, ambas teorías podrían ser denominadas como "teorías de la equivalencia"[5], sin embargo, este nombre se ha impuesto solo para el planteamiento de la jurisprudencia.

1. La fórmula de la *conditio sine qua non* de la denominada teoría de la condición o de la equivalencia

a) En cuanto a la determinación de la relación causal, **la teoría de la equivalencia o de la condición**, que parte de la equivalencia de todas las condiciones del resultado y que ya era reconocida por el Reichsgericht, es seguida especialmente por la jurisprudencia. Sobre esa base, la jurisprudencia utiliza como fundamento la denominada fórmula de la ***conditio sine qua non*** (literalmente: "condición sin la cual no"). De acuerdo con ella, es **causal toda condición de un resultado que no puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado en su forma concreta**[6]. **218**

b) Respecto a la **causalidad física**, esto significa que tiene que averiguarse con ayuda de una conocida ley natural lo que hubiera sucedido si se suprimiera mentalmente el comportamiento del autor. **219**

Ejemplo: Si T inyecta una determinada cantidad de una sustancia a Z y este muere inmediatamente después de ello, solo es posible evaluar si —al suprimir mentalmente la inyección— Z también hubiera muerto en ese momento y bajo esas circunstancias cuando uno conoce los efectos de la sustancia inyectada. Si —con base en los conocimientos de las ciencias naturales— la sustancia suministrada en esa cantidad y utilizada de esa forma resulta inmediatamente mortal, se puede afirmar la causalidad (física) de acuerdo con la fórmula de la *conditio*.

Por el contrario, en los casos de **causalidad psíquica**, ya de antemano no puede recurrirse a leyes naturales en un sentido estricto. Aquí la teoría de **220**

5 Cfr. *Satzger*, Jura 14, 186.

6 RGSt 1, 373; BGHSt 1, 332; crít. *Haas*, Kirchhof-FS, Bd II, § 125 m.n. 7 y ss.; NK-*Puppe*, Vor § 13 n.m. 90; *la misma*, Erfolgszurechnung, p. 71; *la misma*, RW 11, 400; v. también *Frisch*, Gössel-FS, p. 51; *Hilgendorf*, Weber-FS, p. 33; *Tavares*, Hassemer-FS, p. 805; crít. *Kindhäuser*, Paeffgen-FS, p. 129.

la condición se basa excepcionalmente en reglas generales de la experiencia. Con ayuda de estas puede deducirse si un determinado comportamiento del autor ha influido realmente en la formación de la voluntad del sujeto que actúa respecto a la concreta decisión[7].

Ejemplo: Si A aconseja a B, quien hasta entonces no albergaba ninguna mala intención, matar a su suegra S y, poco después, B elimina a esta, entonces, aunque la decisión a actuar de B no constituye una reacción prescrita en una ley natural respecto al consejo de A, sin embargo, la experiencia común habla a favor de que la motivación de B a cometer el hecho fue causado por A (instigación, § 26).

221 c) Los **puntos débiles de la fórmula de la *conditio*** son evidentes y absolutamente indiscutibles. Por una parte, ella lleva a resultados **ilimitados**. En ese sentido, la procreación de un futuro asesino también constituiría una acción causal del asesinato cometido posteriormente. De otra parte, la fórmula de la *conditio* alcanza —muy rápidamente— sus límites cuando no existe **un conocimiento sobre las leyes naturales subyacentes** o cuando solo existe un **conocimiento incierto proveniente de la experiencia**, como consecuencia de lo cual no es posible dar una respuesta clara a la cuestión "si" un determinado factor ha influido en la producción del resultado.

De ese modo, por ejemplo, en la discusión sobre la causalidad del medicamento Contergan, respecto a malformaciones embrionarias[8], falta un adecuado fundamento científico. Esta problemática también tuvo relevancia en el ámbito de la denominada **responsabilidad jurídico-penal por el producto**, especialmente, para el caso *Lederspray*. Aquí el BGH consideró suficiente la denominada "causalidad general" y, por lo tanto, afirmó la causalidad, a pesar de que no fue aclarado qué componente del producto había producido el daño en la salud de los consumidores, porque las otras probables causas del daño estaban excluidas. Si bien esta forma de proceder es absolutamente comprensible en cuanto al resultado[9], la solución no es dogmáticamente "impecable"[10], pues el BGH solo podía

7 *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 31, ss., 35 y ss.; crít.: NK-*Puppe*, Vor § 13 n. m. 125; *Renzikowski*, Puppe-FS, p. 201.

8 LG Aachen JZ 71, 507; exhaustivamente *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 16

9 De acuerdo, por ejemplo, *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 14 n. m. 48; *Erb*, JuS 94, 453; *Fischer*, Vor § 13 n. m. 32; *Frister*, AT, 9. Cap., n.m 38; *Hilgendorf*, Strafrechtl. Produzentenhaftung usw, 1993, p. 112 y ss.; *el mismo*, NStZ 93, 15 f; *el mismo*, Weber-FS, p. 38 y ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 28 II; *Kuhlen*, NStZ 90, 566; *el mismo*, JZ 94, 1145 s.; exhaustivamente, *el mismo*, en: *Hilgendorf*, Herausforderungen, p. 189 y ss.; Lackner/Kühl-*Kühl*, Vor § 13 n. m. 11; *Otto*, Grundkurs AT, § 6 n. m. 34 y ss.; *Roxin* AT I, § 11 n. m. 17.

10 Crít., en contra, por ejemplo, *Brammsen*, Jura 91, 533; *Puppe*, Erfolgszurechnung 33; *Samson*, StV 91, 182; *Volk*, NStZ 96, 108 y s.

suprimir mentalmente las alternativas causales que podían conocerse con los conocimientos científicos de ese tiempo, pero no las desconocidas[11]. En el caso *Holzschutzmittel*[12], el BGH va incluso más allá en la determinación de la causalidad, puesto que no exige que todas las otras posibles causas de una enfermedad sean consideradas y excluidas. El BGH considera suficiente que, de acuerdo con una valoración general de los conocimientos naturales y otras circunstancias indiciarias, se determine de modo indudable la cocausalidad del conservante de madera (*Holzschutzmittel*) respecto a los daños a la salud producidos.

Por consiguiente, la fórmula de la *conditio* no puede explicar por sí misma las relaciones causales. Pero, más bien, ya de entrada una ley causal general tiene que ser formulable de un modo tal que haga posible excluir una condición respecto a una consecuencia.

d) La fórmula de la *conditio* también resulta insuficiente cuando concurren **222**
diversas condiciones, independientes entre sí, y cada una de ellas habría bastado por sí sola para producir el resultado (casos de la denominada causalidad plural o **causalidad alternativa**).

Ejemplo: Si A y B, independientemente uno del otro, introducen en la bebida de C una dosis mortal del mismo veneno puede "suprimirse mentalmente" tanto el comportamiento de A como el de B sin que el resultado desaparezca. Ello llevaría a tener como resultado una consecuencia sin causa y un hecho sin autor. Evidentemente, ambos podrían ser sancionados solo por tentativa, aunque A y B han alcanzado su objetivo en conjunto a través de su respectiva introducción de veneno. Esto parece incorrecto[13].

En consecuencia, en casos de ese tipo tiene que aplicarse la fórmula de la ***conditio* modificada**: de todas las condiciones, constituye causa del resultado aquella que puede ser suprimida mentalmente de modo *alternativo*, pero no *acumulativo*, sin que el resultado desaparezca[14] (sobre la imputabilidad objetiva, v. n. m. 246, ss., 950, ss. y especialmente 971).

11 V. solo S/S-*Eisele*, Vor § 13 n. m. 75a; sobre el problema acerca de si la causalidad general es una cuestión jurídico-material o solo procesal, v. resumidamente *Satzger*, Jura 14, 186, 189.

12 BGHSt 41, 206, 214 y ss.; *Wittig*, WiStrR, § 6 n. m. 43.

13 Sin embargo, a favor de una punibilidad de la tentativa, por ejemplo, *Frister*, AT, 9. Cap., n. m. 9 y ss.; S/S/W-StGB-*Kudlich*, Vor §§ 13 n. m. 37; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 25; crít., al respecto, *Satzger*, Jura 14, 186, 190.

14 Cfr. BGHSt 39, 195; *Jäger*, Maiwald II-FS, v. 345, 354; *Kindhäuser*, GA 2012, 134; *Kühl*, AT, § 4 n. m. 19 y ss.; *Rogall*, JZ 93, 1066; crít., *Frister*, AT Cap. 9 n. m. 13, *Merkel*, Puppe-FS, p. 151; *Neumann*, GA 2008, 463; *Puppe*, ZIS 12, 267; *Rotsch*, Roxin II-FS, p. 377; *Toepel*, JuS 94, 1009.

223 Tienen que distinguirse estos supuestos de las constelaciones de casos referidos a la denominada **causalidad acumulativa**, los cuales pueden solucionarse con base en la fórmula original de la *conditio* sin modificación alguna. En estos casos, las diversas condiciones independientes entre sí, que individualmente consideradas no podrían alcanzar el resultado, recién lo producen mediante su interacción.

Ejemplo: A y B, independientemente uno de otro, dan a C una dosis de veneno que considerada aisladamente no es mortal, pero cuya cantidad total produce la muerte de C. Ninguna acción —ni la de A ni la de B— puede ser suprimida mentalmente sin que desaparezca el resultado concreto. Ya con base en la fórmula general de la *conditio* puede afirmarse aquí sin problemas la causalidad de cada acción respecto a la muerte de C (sobre la imputabilidad v. n. m. 276, 289 y s.).

224 e) En las **decisiones por mayoría, en el ámbito de órganos colegiados**, existen dudas respecto a si la causalidad de los votos individuales configura un caso de causalidad alternativa o causalidad acumulativa.

Ejemplo: Los directores de una sociedad anónima deciden la comercialización de un espray para el cuero que —como ellos saben— puede producir daños a la salud comprobables en los consumidores[15]. Como consecuencia del uso del espray, el consumidor V adquiere una enfermedad respiratoria. ¿Es cada uno de los directores causante de la lesión de V? Aquí tiene que distinguirse entre dos niveles en la determinación de la causalidad[16]: por lo general, el segundo nivel puede comprobarse sin dificultad, es decir, la causalidad de la decisión como tal ("comercializar el producto") con relación al daño a la salud del consumidor. Sin embargo, el primer nivel sí resulta problemático: ¿es cada uno de los directores intervinientes en la decisión por mayoría por sí mismo causante de la decisión?

225 En los casos en los que se trate de una **mayoría de un voto** no puede suprimirse mentalmente ningún voto sin que la decisión desaparezca (aquí, la decisión a favor de la comercialización del espray). Pero, dado que cada voto solo surte sus efectos en combinación con los votos de los otros (igualmente

15 Cfr. BGHSt 37, 106, 131 (caso *Lederspray*) con obs. *Puppe*, JR 92, 30; *Brammsen*, Jura 91, 533; BGHSt 48, 77, 87 (caso *Politbüro*); Amelung-*Dencker*, p. 63, 67; exhaustivamente, *Corell*, I. Roxin-FS, p. 117; *Jäger*, AT, n.m 365; *Knauer*, Die Kollegialentscheidung im Strafrecht, 2001, p. 84 y ss.; *Mansdörfer*, Frisch-FS, p. 315; *Rotsch*, wistra 99, 321, 324.

16 Cfr. *Hilgendorf*, NStZ 94, 561, 565; *Satzger*, Jura 14, 186, 194.

causales), se presenta aquí un caso de **causalidad acumulativa** de todos los miembros del órgano colectivo que votaron a favor de la comercialización del producto.

Por el contrario, cuando se trata de casos en los que existe una **mayoría de más de un voto**, la solución es más complicada. Esta puede hallarse —en ese sentido, el BGH en el caso *Lederspray*— en el ámbito de la teoría de la intervención con base en una coautoría (v. n. m. 759 y ss.), según el § 25.II, pero siempre que el comportamiento de la mayoría pueda imputarse a cada directivo que ha votado a favor de la puesta en comercialización[17]. Precisamente esto es discutido en los delitos imprudentes, pues hasta ahora la posibilidad de una coautoría imprudente es mayoritariamente rechazada (sin embargo, al respecto, n. m. 740). No obstante, la causalidad puede fundamentarse con el siguiente razonamiento: que cada voto individual pueda ser suprimido mentalmente sin que desaparezca el resultado y que, sin embargo, esto no suceda (adicionalmente) con los otros votos evidencia que nos encontramos frente a una constelación no equiparable a la causalidad **alternativa**[18]. Pero puesto que cada uno de los votos fundamenta la decisión solo en combinación con los otros votos, es necesario recurrir a las reglas de la causalidad **acumulativa**[19]. Cada miembro del órgano colectivo que ha votado a favor de la comercialización del producto se ha convertido en un causante (alternativo-acumulativo) y no podría objetar que los otros votos también han fundamentado el resultado. **226**

Respecto a la (incluso más problemática) constelación sobre la causalidad de un miembro del órgano colectivo que **se abstiene de votar**, cfr. el proceso "Mannesmann", BGH NJW 06, 522, 527 (en tanto no impreso en el BGHSt 50, 331 y ss.)[20].

f) En resumen, puede decirse que, pese a las justificadas objeciones contra la fórmula de la *conditio*, su manejabilidad lleva comprensiblemente a que la jurisprudencia y la doctrina recurran a ella para fundamentar la causalidad. **227**

17 *Beulke/Bachmann*, JuS 92, 737; Matt/Renzikowski-*Renzikowski*, Vor § 13 n. m. 90; crít. *Puppe*, GA 2004, 129, 133.

18 Igualmente: *Kindhäuser*, AT, § 10 n. m. 41; a favor de una causalidad cumulativa: *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 19; v. también *Hohmann*, NJ 07, 5, 8.

19 Näher *Kaspar*, AT, n. m. 147; *Satzger*, Jura 14, 186, 193; en ese sentido, también S/S/W-StGB-*Kudlich*, Vor §§ 13 n. m. 43 y ss.

20 Con mayor amplitud, *Satzger*, Jura 14, 186, 194; *Wittig*, WiStrR, § 6 n. m. 48 [y ss.], con notas adicionales.

Sin embargo, su empleo solamente puede justificarse si ella es considerada solo como un ***minimum* de imputación necesario**, pero ya no como una condición suficiente por sí misma para la imputación del resultado. Los puntos débiles de la fórmula tienen que ser corregidos a través de las correspondientes reglas de aplicación (n. m. 228 y ss.); luego, ellas tienen que ser corregidas en el nivel de la **imputación objetiva** (al respecto n. m. 246 y ss.). La teoría de la condición adecuada (al respecto, n. m. 239) conduce con frecuencia a los mismos resultados. En tal sentido, estos pueden ser fundamentos —por ejemplo: en los exámenes tipo clausura, donde las cuestiones sobre la causalidad representan grandes dificultades— de las dos formas (una al lado de otra).

2. Problemas y reglas de aplicación de la fórmula de la *conditio*

228 La fórmula de la *conditio* solo lleva a resultados satisfactorios si se utilizan las siguientes reglas de aplicación:

229 **a)** Las **causas hipotéticas de reserva están fuera de consideración.** Lo decisivo para la constatación de la causalidad es solo la relación causal entre el **suceso real** y el **resultado en su forma concreta.** En principio, los cursos causales hipotéticos no pueden ser tomados en cuenta[21]. El hecho de que el resultado socialmente dañoso de igual manera se hubiera producido posteriormente de otro modo, como consecuencia de otros sucesos, no elimina la causalidad de la acción causadora real. La suposición mental de una causa de reserva que habría producido el resultado en lugar de la acción mentalmente omitida no resulta correcta, pues el curso real de un suceso no es afectado por el hecho de que otro suceso, que no ha ocurrido, hubiera podido ocurrir[22].

Ejemplo: A persigue a B hasta un aeródromo. En ese lugar, A dispara contra B. Luego del despegue, el avión en el que B había reservado un asiento se estrella en el mar sin dejar sobrevivientes. La cuestión sobre la causalidad no puede plantearse aquí en el sentido de si B (de cualquier forma) hubiera tenido que morir. Puesto que todas las personas tienen que morir en algún momento, ningún asesino sería el causante de la muerte que provoca de un modo no natural. Más bien, lo que aquí resulta decisivo es si el concreto resultado (muerte por el disparo) desaparecería si se suprimiera mentalmente el disparo de A. Si la cuestión se plantea adecuadamente, la relación de causalidad resulta indudable, pues sin la acción homicida de A no hubiera muerto de esa forma ni en ese momento.

21 BGHSt 10, 369.

22 BGHSt 2, 20; 13, 13; 49, 1 (caso *Psychiatrie*); *Kühl*, AT, § 4 n. m. 11 y ss.

De la irrelevancia de las causas de reserva se sigue que basta con **acelerar la producción del resultado** para aceptar la causalidad respecto al resultado concreto (por ejemplo: el envenenamiento de un enfermo de cáncer moribundo)[23]. Pues la producción anticipada del resultado (aquí: muerte por envenenamiento) representa un *aliud* respecto al resultado posterior (aquí: muerte de cáncer) que —en tanto causa de reserva— no puede ser tenido en cuenta. 230

Lo mismo vale como fundamento para tener por suficiente la mera **cocausalidad del autor**: que otros intervinientes coloquen también una causa para la producción del resultado concreto constituye una causa de reserva (irrelevante), que no impide la causalidad.

Sin embargo, excepcionalmente, cuando se trata de "**cursos causales salvadores hipotéticos**" no puede dejar de considerarse los sucesos hipotéticos[24]. 231

Ejemplo: N, un hombre muy acaudalado, pero que no sabe nadar, es arrastrado por la corriente hacia una zona profunda mientras se bañaba en el mar, quedando a punto de ahogarse. El salvavidas R se lanza al mar para rescatar a N. Sin embargo, E, único heredero de N, no quiere por ningún motivo que N sobreviva. Por tal razón, E apunta con su pistola a R y lo mata antes de que llegue a donde N se ahogaba. N se ahoga.

Si —con base en la fórmula de la *conditio*— se suprime mentalmente el disparo de E no podría constatarse aún la supervivencia de N. Aquí tiene que suprimirse mentalmente el éxito de la acción de rescate de R, o sea, un curso causal hipotético salvador. Al final, no existen dudas respecto a que E se convierte en causante de la muerte de N. Sin embargo, surge una cierta contradicción con la regla, a veces fijada en términos absolutos, según la cual no es posible llevar a cabo una suposición mental de sucesos causales hipotéticos.

Sin embargo, si esto se aprecia de un modo correcto, puede verse que aquí se trata menos de una excepción que de una "precisión" a la fórmula de la *conditio*, puesto que los hechos no son reemplazados por un suceso hipotético, sino únicamente "complementados[25]". Los hechos resultarían alterados si uno decidiera no considerar como parte de ellos los sucesos hipotéticos ya planteados, que hubieran llevado a evitar la lesión del bien jurídico con una seguridad rayana en la probabilidad. Por lo contrario, la 232

23 BGH NStZ 81, 218 con obs. *Wolfslast*; BGH NStZ 02, 253.

24 S/S/W-*Kudlich*, Vor §§ 13 y ss. n. m. 40.

25 *Rengier*, AT, § 13 n. m. 19 y s.; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 34; cfr. también *Kühl*, AT, § 4 n. m. 18 ("necesidad de suposición de cursos causales salvadores").

prohibición de considerar los cursos causales hipotéticos solo debe impedir que uno se oriente a las causas de reserva, es decir, nunca a circunstancias que aparentemente hubieran producido de otro modo el resultado que lesiona el bien jurídico.

233 **b) Una constitución anómala de la víctima y un curso causal atípico resultan irrelevantes.** La base para la determinación de la causalidad es el suceso real. Resulta irrelevante si este transcurre de una forma atípica o si la víctima se aparta de alguna manera del hombre medio (sin embargo, v., respecto a la imputación objetiva, n. m. 289).

Ejemplo: Con el fin de que el atleta L, de dieciséis años, mejore su rendimiento, el médico A le suministra un suplemento para el desarrollo muscular durante un periodo prolongado de tiempo. Este medicamento no causa efectos secundarios en deportistas sanos. Sin embargo, L sufre de una alergia desconocida y, por eso, luego de algunas semanas muestra señales de deficiencia en su salud. Puesto que el autor se ha confrontado alguna vez con la víctima concreta, la cuestión de la causalidad también se tiene que evaluar en el marco de la realidad con la que se encuentra el autor. Lo que resulta "normal" más allá del caso concreto conduce a consideraciones hipotéticas que no pueden tener ninguna relevancia. Es decir, el médico A llega a ser causante del resultado de lesión corporal que se ha producido en perjuicio de L.

234 **c) El curso causal no se interrumpe con la intervención de la víctima ni la de un tercero, cuando la condición original sigue teniendo vigencia.** La intervención del lesionado como consecuencia del resultado o la intervención dolosa o imprudente de un tercero, no afecta para nada en la causalidad, siempre que la condición colocada con anterioridad siga teniendo vigencia hasta la producción del resultado[26] (v., sin embargo, n. m. 259, 276 y ss., 289 y s. sobre la imputación objetiva). Esto es así cuando el que interviene con posterioridad se **vincula** a la condición precedente (especialmente, mediante el aprovechamiento de la situación que se ha generado como consecuencia de ello).

Ejemplos: En el caso *Gnadenschuss*[27], A había disparado a X en el pecho a poca distancia. Al llegar B, da "el tiro de gracia a un agonizante X". El BGH confirmó acertadamente la condena de A y B por homicidio doloso **consumado** de X. Dado que al "tiro de gracia" de B se llegó solo por el disparo previo de A, este último también causó la muerte de X.

26 RGSt 61, 318; 64, 316; 64, 370; BGHSt 39, 322, 324; en profundidad, *Hoyer*, Jakobs-FS, p. 175.

27 BGH MDR/D 56, 526.

En el caso *Pflegemutter*[28], la niña R apuñaló con una navaja a J, otra de las niñas bajo adopción, en medio de una disputa por el amor de la madre adoptiva. R consideró erróneamente que J estaba muerta y envió a su amigo W al lugar de los hechos para eliminar las huellas. Sin embargo, al llegar W, encontró a J en plena agonía y, con dolo homicida, la golpeó varias veces con una botella de agua en la cabeza. Si bien no se pudo establecer si J murió finalmente como consecuencia del corte producido por la navaja o por los golpes con la botella, en todo caso, independientemente de esto (caso de alternatividad de hechos, v. n. m. 1134), el BGH afirmó la causalidad de los cortes realizados con la navaja, pues, incluso, si recién los golpes de W tuvieron efectos mortales, no se habría llegado a esto sin los cortes de navaja infligidos por R, pues, mediante sus golpes, W se **vinculó** al comportamiento de su amiga. En cambio, W puede ser sancionado solo por una tentativa de homicidio, pues no puede aclararse si su comportamiento ha causado realmente la muerte provocada por R. En caso de que las dudas sobre los hechos no se puedan disipar, el tribunal, con base en el principio *in dubio pro reo*, tiene que decidir a favor del acusado (v. n. m. 1188 y ss.), es decir, aquí tiene que asumirse, a favor de W, que únicamente los cortes de navaja infligidas por R fueron causa de la muerte de J (sobre la imputabilidad del resultado, v. n. m. 277).

Sin embargo, en el caso *Bratpfannen*[29], el BGH resolvió erróneamente la cuestión de la causalidad: M, un individuo "robusto e irascible", había tratado durante largo tiempo a su mujer F y a su hijastra S de un modo inhumano. Un día, aprovechando que M se encontraba de espaldas, S lo golpea varias veces en la cabeza con una pesada sartén. Cuando M cae inconsciente al piso, S huye para llamar a la policía. Al llegar a la casa e ignorando lo que S había hecho, F, por cuenta propia, coge la sartén y golpea con ella "por lo menos una vez" en la cabeza de M, quien estaba tendido en el suelo. No fue posible determinar si el comportamiento de F había **acelerado** la muerte de M (producida inmediatamente). Con base en el principio *in dubio pro reo*, tenía que asumirse a favor de F que su golpe no había acelerado la muerte de M, por lo tanto, a ella solo podía atribuírsele una tentativa de homicidio. Pero, de acuerdo con el mismo principio, precisamente tenía que asumirse a favor de S que, a la inversa, F había infligido varios golpes a M y que como consecuencia de ello se había acelerado la muerte de este. Con base en ello, el BGH concluyó que también S podría ser únicamente responsabilizada por **tentativa** de homicidio, puesto que la muerte de M (basada en esta suposición) "no habría tenido como causa las acciones de S, sino los golpes de F". Pero esta solución no puede compartirse, pues F ha aprovechado la situación creada por S y se ha **vinculado** a su acción lesiva. Si el ataque de S no se hubiera realizado, F, por su parte, no habría atacado a M. Por lo tanto, la relación causal entre el comportamiento de S y la muerte de M no variaría en nada, incluso, si fuese seguro que la muerte de M fue acelerada como consecuencia de los golpes de F. En consecuencia, existiría un caso de causalidad acumulativa (sobre la imputabilidad del resultado, v. n. m. 277). **235**

28 BGH NStZ 01, 29.

29 BGH NJW 66, 1823 con obs. *Hertel* y *Kion*, JuS 67, 449.

236 Una **prohibición de regreso**, según la cual, en casos de un hecho doloso no puede tomarse como punto de referencia para la causalidad un comportamiento (imprudente) precedente del autor o de un tercero, sobre cuya base recién ha sido posible el hecho doloso[30], no se puede explicar con la teoría de la condición y la equivalencia de todas las causas y, por eso, no es reconocida acertadamente por la doctrina dominante[31]. Por el contrario, puede pensarse en una interrupción de la **relación de imputación** (para detalles sobre esto, v. n. m. 259, 276, 289 y s.).

237 **d)** Los **eventos subsiguientes "sustitutivos"** de la causalidad **provocan una interrupción del nexo causal**. La cuestión sobre la causalidad tiene que resolverse de un modo distinto cuando la primera condición ya no está vigente en el momento en que se produce el resultado y, por eso, ya de entrada no llega a ser causal. Esto es así cuando un suceso ulterior, completamente desligado de la condición anterior, suscita una **nueva sucesión causal** que provoca de forma completamente independiente el resultado[32]. Aquí se habla (gráficamente) de una "interrupción" de la primera sucesión causal mediante un suceso secundario que se le "adelanta".

Ejemplo: Luego de que A se entera de que su novia B lo engaña con C, le suministra a ella un veneno de acción retardada, pero que con seguridad le producirá la muerte sin dejar rastro de ello. Antes de que el veneno empiece a surtir efectos, aparece C y dispara contra B, pues él también se siente engañado por ella. De las dos sucesiones causales concurrentes, las cuales contienen un ataque contra el mismo objetivo, la primera fracasa y queda sin repercutir en el resultado porque el segundo evento surte sus efectos con más rapidez. Puesto que C no se vinculó a la condición colocada por A, sino que, de modo independiente, puso en marcha una nueva serie causal, A solo puede ser sancionado por una tentativa de homicidio[33].

238 **e)** La fórmula de la *conditio* no permite superar las **dificultades probatorias** referidas a la determinación de la causalidad[34].

30 *Otto*, Maurach-FS, p. 91, 96 y ss.; *Ebert/Kühl*, Jura 79, 561, 569 y s.

31 BGH JZ 01, 661, 666; OLG Stuttgart NStZ 97, 190; *Roxin*, Tröndle-FS, p. 177.

32 Cfr., al respecto, BGH NStZ 89, 431; LG Nürnberg-Fürth NZV 06, 433.

33 Cfr. RGSt 69, 44, 47; gráficos respecto a toda la problemática de la causalidad en *Hauf*, p. 18 y ss.

34 Sobre la cuestión de la construcción de la convicción judicial en casos de dudas respecto a la relación causal, v. BGHSt 37, 106 (caso *Lederspray*); BGHSt 41, 206 (caso *Holzschutzmittel*) con obs. crit. *Puppe*, JZ 96, 318; v. también *Frisch*, Maiwald II-FS, p. 239, 253; *Hoyer*, GA 1996, 161; *Jähnke*, Jura 10, 582; *Kühl*, AT, § 4 n. m. 6 y s.; *Schulz*, JA 96, 185; *Volk*, NStZ 96, 105; *Wohlers*, JuS 95, 1019.

Ejemplo[35]**:** En las montañas, los cazadores A y B disparan contra el guardabosque F, con un brevísimo intervalo de tiempo, pero sin que ninguno sepa de la acción del otro. Uno de los disparos alcanza a F en la cabeza y otro en el corazón. Cada disparo habría sido inmediatamente mortal, pero no es posible individualizar al autor de cada uno de los disparos, ni tampoco a quien disparó primero. Aquí no está comprobado que el disparo de ninguno de ellos ha sido la causa de la muerte de F. Puesto que ambos cazadores actuaron independientemente uno del otro (diferente en la coautoría, v. n. m. 759 y ss.), con base en el principio *in dubio pro reo*, tiene que asumirse a favor de ellos que el disparo realizado por cada uno alcanzó a F cuando este ya había muerto como consecuencia del otro disparo. En consecuencia, debido a la ausencia de pruebas, A y B solo pueden ser sancionados por una tentativa de homicidio doloso (v. también n. m. 222).

3. La teoría de la condición adecuada

Como se ha visto (v. n. m. 217), la **teoría de la condición adecuada**, que se remonta a *Karl Engisch* (1899-1990), considera, al igual que la teoría de la condición, que todas las causas son equivalentes. Ella trata de superar metódicamente los puntos débiles de la fórmula de la *conditio*, considerando no solo el punto inicial y final del curso lesivo para el bien jurídico, sino además el curso total del comportamiento del autor hasta el resultado. **239**

Freund resume las ventajas de esta teoría de una manera ilustrativa: de acuerdo con la teoría de la condición se llevaría "al tren portador del daño, puesto en marcha por el comportamiento, por un túnel [...] en el que no puede ser observado, de modo tal que, a su salida, solo puede comprobarse el resultado final. Por el contrario, la teoría de la condición adecuada exige, por así decirlo, acompañar el tren todo el viaje. De esa forma puede comprobarse lo que realmente ha sucedido en el túnel"[36].

Por consiguiente, no depende aquí de la supresión mental de la acción ni de las consideraciones hipotéticas. Más bien, un comportamiento constituye causa de un resultado si **este ultimo está conectado (natural y) adecuadamente por medio de una sucesión de variaciones**[37]. Es decir, **240**

35 Según *Arthur Kaufmann*, Eb. Schmidt-FS, p. 211.

36 MK-*Freund*, Vor § 13 n. m. 340.

37 V. solo *Kühl*, AT, § 4 n. m. 22; MK-*Freund*, Vor § 13 y ss. n. m. 334 y 340; *Hilgendorf*, Jura 95, 514; S/S- *Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 75; Matt/Renzikowski-*Renzikowski*, Vor § 13 n. m. 77 y ss.; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 15; SK-*Rudolphi*, Vor § 1 n. m. 41 y s.; *Schulz*, Lackner-FS, p. 39; similar, *Jescheck/Weigend*, AT, § 28.II.4; cfr. también, respecto a la teoría de la condición mínima suficiente, *Kindhäuser*, LPK, Vor § 13 n. m. 72, así como también, al respecto, *Puppe*, ZIS 15, 426.

tiene que constatarse si la acción concreta ha repercutido realmente en el resultado concreto[38].

Ejemplo: En el caso en el que A inyecte una sustancia a B y este muera, de acuerdo con la teoría de la condición adecuada, no resulta decisivo el hipotético suceso de la supresión mental de la inyección. Más bien debe mencionarse la ley natural como consecuencia de la cual la sustancia inyectada surte el efecto mortal.

241 La teoría de la condición adecuada, en comparación con la fórmula de la *conditio*, parte de un mejor método y de un planteamiento más preciso de la cuestión; ella se desenvuelve en su mayor parte sin consideraciones hipotéticas inseguras. No obstante, conduce en pocas ocasiones a resultados distintos a los de la jurisprudencia e igualmente alcanza sus límites cuando falta el conocimiento empírico necesario (como, por ejemplo, en el mencionado caso *Contergan*, cfr. n. m. 221). La mayoría de las veces, las constelaciones de casos que, en el marco de la aplicación de la fórmula de la *conditio*, precisan de especiales reglas de aplicación, tampoco están absolutamente exentos de problemas desde la perspectiva de la teoría de la condición adecuada y requieren, por lo menos, de una discusión para su aclaración[39].

Indicación para los exámenes tipo clausura: Los resultados obtenidos mediante la utilización de la fórmula de la *conditio*, especialmente, cuando existen especiales dificultades, deberían estar basados también en la teoría de la condición adecuada. Por lo general, una toma de posición respecto a una de ambas posiciones es innecesaria, considerando que los resultados son similares[40].

4. Otras teorías de la causalidad

242 a) La **teoría de la adecuación**, dominante en el derecho civil, que no parte de la equivalencia de las causas, ya no es defendida actualmente en el derecho penal. Según esta interpretación, constituye una causa en un sentido jurídico toda condición típicamente adecuada.

38 S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 75.
39 Detalladamente, al respecto, *Kühl*, AT, § 4 n. m. 24 y ss.
40 Cfr. *Kühl*, AT, § 4 n. m. 8.

Entonces, un hacer o una omisión constituyen una condición adecuada del resultado concreto cuando han incrementado la posibilidad objetiva de su producción de un **modo general** (de acuerdo con la experiencia general de la vida) y **no irrelevante**.

La relación de causalidad adecuada es negada cuando la producción del resultado se basa en un **curso causal atípico o irregular**, es decir, en una concatenación inusual de circunstancias con las que no podía contarse de acuerdo con la experiencia de la vida cotidiana[41].

Desde una perspectiva jurídico-penal, esta opinión no resulta convincente porque ella mezcla dos categorías: la causalidad, en principio, constatable empíricamente, y la imputación, consistente en una valoración normativa; y, por eso, no conduce a resultados claros. Además, ella tampoco puede sortear los puntos débiles identificados en otras teorías de la causalidad. Más bien, parecería mejor retomar los criterios de adecuación a través de la teoría de la imputación recién al analizar la cuestión (normativa) referida a si el peligro creado por el autor se ha realizado en el resultado concreto del hecho (cfr. n. m. 289); en cambio, la jurisprudencia considera tales criterios de esa clase recién en el ámbito del tipo subjetivo (n. m. 376).

b) En cambio, la **teoría de la relevancia** —tampoco defendida actualmente en el ámbito del derecho penal— distingue estrictamente entre la cuestión de la causalidad y la imputación objetiva del resultado. 243

Esta teoría se basa en la teoría de la condición (teoría de la equivalencia) para la determinación de la **relación causal**. Por el contrario, para la imputación del resultado, se orienta por la denominada **relevancia jurídico-penal** del suceso causal, reconociendo (de forma similar a la teoría de la adecuación) que solo las condiciones del curso causal típicamente adecuadas fundamentan la responsabilidad, pero manteniendo una perspectiva abierta respecto al **fin de protección de la norma** y a las peculiaridades del tipo penal individual[42].

En términos dogmáticos, la teoría de la relevancia evita incurrir, mediante la separación exacta entre la causalidad y la imputación del resultado, en las deficiencias de la teoría de la adecuación. Esta correcta comprensión abre el camino para la **teoría de la imputación objetiva** (v. n. m. 249) actualmente reconocida de forma dominante.

244

En los **casos 6a y 6b**, M ha colocado una condición que llega a ser **una causa** de la muerte de T en su concreta manifestación: si M no hubiera lesionado a T, este no habría tenido que ser transportado en ese momento al hospital, ni hubiera tenido que ser tratado. Por consiguiente, T no habría muerto como consecuencia de un accidente de tránsito camino al hospital, ni por la infección de las heridas.

Partiendo de la **teoría de la equivalencia**, se podrían determinar, incluso, otras causas del resultado: todas las personas que hubieran intervenido en la producción y en

41 Más detalladamente, BGHSt 3, 62; *Maurach/Zipf*, AT/1, § 18 n. m. 32.

42 Más detalladamente, *Blei*, AT, § 28.IV.V; similar, *Bockelmann/Volk*, AT, p. 63 y ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 28.I.III.IV.

la entrega del cuchillo usado por M en el hecho, habrían realizado un aporte causal dentro de la ilimitada cadena causal. Incluso, los padres de M habrían realizado una condición de la muerte de T, pues si M no hubiera sido procreado por ellos no habría podido lesionar a T y no se habría desencadenado el suceso ulterior.

A una afirmación de la causalidad se llega también mediante la **teoría de la condición adecuada**, pues todas las consecuencias individuales entre la puñalada y la muerte son explicables empíricamente o de acuerdo con las leyes naturales (los cortes realizados con el cuchillo producen las heridas; generalmente, un herido es llevado al hospital; por lo común, una herida de esa clase es operada; la operación puede llevar a una infección de la herida; un paciente puede morir como consecuencia de la infección de una herida).

En los **casos 6c y 6d**, tampoco hay dudas respecto a la causalidad: si F no le hubiera prestado el parapente ni ayudado a V, este no habría muerto —por lo menos, no bajo esas concretas circunstancias—. Del mismo modo, el *shock* mortal de N no se hubiera producido si A no hubiera atropellado al niño. Dado que todas las consecuencias son razonables desde una perspectiva empírica o de las leyes naturales, la teoría de la condición adecuada lleva al mismo resultado.

245 Aunque ambos planteamientos dominantes —la fórmula de la *conditio* y la teoría de la condición adecuada— parten correctamente de que todas las causas son equivalentes (= equivalencia), de ello **no** se sigue su **equivalencia jurídica**. Su relevancia típica se tiene que analizar más bien de forma separada, en el marco de la **cuestión de la imputación**.

III. La imputación objetiva del resultado de la acción

1. Fundamentos y requisitos generales de la imputación objetiva

246 **a)** De acuerdo con lo señalado hasta aquí, el criterio de la causalidad cumple la función de requisito **mínimo** de la imputación del resultado en el nivel de la tipicidad. Que el resultado concreto no se hubiera producido (de esa forma) sin el comportamiento del autor, o que la condición colocada por el autor se haya realizado (de alguna forma) en el resultado concreto, no representa aún un fundamento suficiente para la imputación del resultado. El filtro que se logra por medio de la causalidad es mínimo. Un filtro más preciso puede alcanzarse mediante la **consideración de valoraciones del derecho penal**, pues los tipos de los delitos de resultado exigen implícitamente al

autor omitir un comportamiento que conduce a una lesión del bien jurídico protegido por ese tipo[43].

Ejemplo: El tipo del homicidio presupone implícitamente una norma de comportamiento, según la cual todos deben abstenerse de matar a otro individuo ("Tú no debes matar").

Por consiguiente, en el ámbito de la imputación no solo se trata de identificar las acciones que, de haber sido omitidas, habrían llevado a la no producción del resultado concreto. Más bien, se trata de filtrar aquellos comportamientos que tenían que omitirse para **querer evitar el resultado**[44]. Expresado de otro modo, hay que preguntarse si el resultado producido pertenece al ámbito de responsabilidad del autor, para lo cual ese resultado tiene que aparecer precisamente **como *su* obra** (y no como la obra de un tercero, de la víctima misma o de la casualidad). **247**

b) Se puede partir de que, en la actualidad, la idea referida a que la ilimitada extensión de la teoría de la condición requiere de una función de **corrección limitadora de la responsabilidad**, constituye un lugar común en el estado actual de la dogmática del derecho penal. Las posiciones solo discrepan en cuanto a la vía a través de la cual tiene que ejecutarse la limitación de la responsabilidad exigida. **248**

Aquí podrían tenerse en consideración diversos planteamientos, por ejemplo: la modificación de la determinación de la causalidad, la utilización de un filtro adicional en el tipo objetivo, el uso de limitaciones recién en el nivel del tipo subjetivo o, finalmente, en el marco de la verificación de la concurrencia de causas de justificación[45].

43 Exhaustivamente y críticamente, respecto a la norma de comportamiento: *Zaczyk*, GA 2014, 73.

44 Cfr. *Kindhäuser*, LPK-StGB, Vor § 13 n. m. 101.

45 Fundamental *Hilgendorf*, Weber-FS, p. 33; *Kahlo*, Küper-FS, p. 249; *Mitsch*, GA 2006, 11, 17; *Roxin*, ZStW 116 [2004], 929; *el mismo*, Maiwald II-FS, p. 715; *Schumann*, Jura 08, 408; v. también *Frisch*, Zurechnung, p. 50 y ss.; *el mismo*, *Roxin*-FS, p. 213; *el mismo*, GA 2003, 719, quien —de forma similar a *Freund*, AT, § 2 n. m. 46 y ss. y anexo 1— cuenta con la creación de un peligro jurídicamente desaprobado en la teoría del comportamiento típico (teoría de la acción) y quiere limitar la teoría de la imputación a la cuestión acerca de si el resultado producido constituye la específica consecuencia de este comportamiento ("relación de realización"); cfr. al respecto los aportes de *Seher*, *Hoyer* y *Schmoller*, en: Frisch-FS, p. 207, ss., 223, ss., 237 y ss.; acerca de la imputación objetiva y las causas de justificación *Silva Sánchez*, ZIS 14, 546. Asimismo, *Robles Planas*, GA 2016, 284.

249 Un planteamiento uniforme para una limitación de responsabilidad que vaya más allá de la mera causalidad lo constituye sobre todo la **teoría de la imputación objetiva**. Esta teoría de la imputación es objetiva porque obtiene sus resultados sin referencia a elementos subjetivos (especialmente, el dolo) y, por consiguiente, limita ya en el tipo objetivo la responsabilidad jurídico-penal —respecto a los delitos dolosos—.

En lo sustancial, la teoría de la imputación objetiva ha ganado un amplio reconocimiento en el ámbito de los delitos imprudentes (donde ya, de entrada, no se efectúa ninguna distinción entre tipo objetivo y subjetivo, v. n. m. 939 y ss.), mientras, hasta ahora, se discute su necesidad o relevancia para los hechos dolosos[46].

250 Aquí se critica que los problemas abordados por la teoría de la imputación objetiva constituirían, en realidad, cuestiones referidas al tipo subjetivo. Esta crítica no resulta convincente y fracasa rotundamente en el caso de un delito imprudente (donde no existe de ningún modo un tipo subjetivo), pero, además, cuando hay —también respecto al delito doloso— simples criterios de imputación objetiva claramente independientes del dolo, como, por ejemplo: el fin de protección de la norma, la clasificación de ámbitos de responsabilidad y casos de autopuesta en peligro por propia responsabilidad de la víctima. Tampoco resulta sólida, debido a su generalidad, la crítica referida a que un único criterio de imputación a nivel del tipo objetivo sería demasiado indeterminado y arbitrario. Con la fórmula general, que se abordará en breve, y los criterios que la complementan, se ofrece un instrumental argumentativo útil para precisamente hacer que la corrección normativa de las consideraciones de causalidad sea comprensible y previsible[47].

251 La teoría de la imputación objetiva puede reconducirse a la siguiente **fórmula general** compuesta de dos niveles[48]. La fórmula tiene que aplicarse —en el marco del análisis del caso, en el tipo (objetivo)— inmediatamente luego de la determinación de la causalidad, y puede expresarse de la siguiente manera:

46 Crít. en especial *Hirsch*, Lenckner-FS, p. 119; en contra de la teoría de la imputación objetiva *Gössel*, GA 15, 18; *el mismo*, Lampe-FS, p. 523; *Armin Kaufmann*, Jescheck-FS, p. 251; *Küpper*, p. 83 y ss.; *Lampe*, Armin Kaufmann-GS, p. 189; *Puppe*, GA 15, 203; Matt/Renzikowski-*Renzikowski*, Vor § 13 n. m. 99 y s.; *Schild*, Jakobs-FS, p. 601, 613; *H. Schumann/A. Schumann*, Küper-FS, p. 543.

47 En ese sentido, en especial también *Rengier*, § 13 n. m. 44.

48 Cfr. *Kühl*, AT, § 4 n. m. 43; Lackner/Kühl-*Kühl*, Vor § 13 n. m. 14; crít. *Puppe*, GA 2015, 203; completando la fórmula básica mediante elementos de carácter personal *Sánchez Lázaro*, ZStW 126 [2014], 277.

Un resultado puede ser imputado objetivamente cuando, mediante el comportamiento del autor

(1) **ha sido creado un peligro jurídicamente relevante**, y;

(2) **precisamente ese peligro se ha realizado en el resultado típico.**

En la aplicación de esta fórmula general se pueden distinguir grupos de casos —en relación con ambos elementos— que pueden resultar útiles para su solución:

Los siguientes grupos de casos pueden tener especial relevancia para el esclarecimiento de la cuestión referida a la **creación de un peligro jurídicamente relevante**[49]: 252

- Fin de protección de la norma de comportamiento infringida (al respecto, v. 2.).
- Riesgo general de la vida y ámbito del riesgo permitido (al respecto, v. 3.).
- Autolesión y autopuesta en peligro libremente responsable de la víctima (al respecto, v. 4.).
- Intervención autorresponsable de un tercero (al respecto, v. 5.).
- Disminución del riesgo (al respecto, v. 6.).

Cuando se trata de determinar si ese **peligro se ha realizado en el resultado típico**, son relevantes, ante todo, los siguientes grupos de casos:

- Cursos causales atípicos (al respecto, v. 7.).
- Relación de contrariedad al deber, especialmente en el delito imprudente (al respecto, v. 8).

Ambos aspectos de esta fórmula general se encuentran estrechamente vinculados entre sí y, con frecuencia, coinciden parcialmente. Solo bajo esta salvedad puede entenderse que la clasificación efectuada en grupos de casos individuales no es relevante para el resultado[50].

49 Instructivo al respecto: *Frisch*, JuS 11, 19, ss., 116, ss., 205 y ss.; *Kudlich*, JA 10, 681; *Kindhäuser*, Gefährdung, p. 41 y ss.

50 En profundidad *Ebert*, Jura 79, 561; *Erb*, JuS 94, 449; *Hilgendorf*, Weber-FS, p. 47; *Jakobs*, Hirsch-FS, p. 45; *Küper*, Lackner-FS, p. 247; *Maiwald*, Miyazawa-FS, p. 465; *Otto*, Wolff-FS, p. 395; *Sánchez Lázaro*, Wolter-FS, p. 465; *Schmoller*, Triffterer-FS, p. 223; *Schünemann*, GA 1999, 207; *Seher*, Jura 01, 814; *Wolter*, Strafrechtssystem, p. 10 y ss.

253 c) Hasta ahora, la **jurisprudencia** ha evitado un reconocimiento (general) de la categoría de la imputación objetiva. Ella ha defendido una limitación de la responsabilidad en el ámbito del injusto mediante el recurso a criterios de imputación objetiva hasta ahora solo en los delitos imprudentes y en casos particulares, especialmente respecto a la delimitación de los ámbitos de responsabilidad en casos de "autopuesta en peligro por propia responsabilidad"[51]. En cuanto a los delitos dolosos, por lo general, la jurisprudencia pospone la solución de los problemas de imputación al nivel del dolo, para lo cual, en cuanto a los cursos atípicos del suceso, verifica la existencia de un "error sobre el curso causal" (cfr. n. m. 374 y ss.) y recurre a criterios de adecuación.

En la antigua jurisprudencia, la corrección se efectuaba en el nivel de la culpabilidad[52], puesto que entonces —siguiendo el sistema clásico del delito— la previsibilidad del resultado recién se determinaba a nivel de la culpabilidad (v. n. m. 149)[53].

2. El grupo de casos referidos al "fin de protección de la norma"

254 Para la creación de un **peligro jurídicamente relevante, es decir, de un peligro jurídicamente desaprobado** en el sentido de la fórmula general (n. m. 251), no es suficiente con la infracción cualquiera de una norma de comportamiento. Más bien, hay que orientarse al **fin de protección** de la norma: solo cuando la norma de comportamiento infringida está precisamente destinada a la protección del bien jurídico afectado puede hablarse de la creación de un peligro jurídicamente relevante.

255 **Ejemplo:** A realiza un viaje con su auto. En Múnich, A excede la velocidad máxima permitida. Cuando transitaba por Núremberg, un niño corre súbitamente delante del vehículo y se produce un accidente inevitable para A, como consecuencia del cual muere el niño. ¿Podría reprocharse a A que, aunque haya manejado correctamente en Núremberg, si hubiera respetado el límite de velocidad en Múnich habría llegado una fracción de segundo después al lugar del accidente y el niño hubiera no hubiera sido impactado?

51 Cfr. BGHSt 32, 262; 49, 34, 39 sobre la intervención en una autopuesta en peligro por propia responsabilidad; BGHSt 11, 1 respecto al § 222; BGHSt 33, 61 respecto al § 229; BGH NJW 71, 152 respecto al § 227.

52 RGSt 29, 218, 220; 56, 343, 348; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 14 n. m. 100; v. también *Hettinger*, JuS 91, L 10, 25, 33, 49.

53 En el derecho civil es más allá de la fórmula de la adecuación excede la teoría de la imputación objetiva bajo la rúbrica "fin de protección de la norma" o "nexo de antijuridicidad" desde mucho reconocido: v. al respecto, por ejemplo, BGHZ 27, 138; 57, 137; 132, 164; BGH NJW 00, 947.

A esto tiene que responderse de forma negativa. Si bien A es causante de la muerte del niño, esta no se le puede imputar objetivamente. Si bien ha infringido el límite de velocidad previsto en Múnich y también el StVO (cfr. § 41 Abs. 1 StVO), sin embargo, con ello no ha creado ningún peligro relevante —para el caso concreto—. El fin de protección correspondiente a la limitación de velocidad pasa especialmente por proteger a los intervinientes en el tráfico en concretos ámbitos viales, frente a los peligros incrementados por las altas velocidades. En cambio, no corresponde al sentido ni a la finalidad de una limitación de la velocidad que los vehículos lleguen más tarde a determinados lugares (más detalladamente, n. m. 951).

Ejemplo (según el RGSt 63,392, caso *Radleuchten*): **256**

J y P circulan con sus bicicletas durante la noche por una calle no iluminada. Ninguno de los ciclistas cuenta con luces. P conduce a la derecha, J que se encontraba detrás de él dobla a la izquierda, casi a la mitad de la calle, y choca con la bicicleta de K, que viene en sentido opuesto y que tampoco tiene luces. Al caer de la bicicleta, K sufre lesiones mortales en la cabeza.

J se ha hecho punible con base en el § 222; la muerte de K se le puede imputar objetivamente. El deber previsto en el § 17 StVO, referido a que la bicicleta cuente con la debida iluminación, sirve para evitar accidentes que pueden ocasionarse por el hecho de que un ciclista no advierta obstáculos o a otros intervinientes en el tráfico, o que él mismo no pueda ser reconocido. Por el contrario, tiene que decidirse de modo distinto respecto a una punibilidad de P con base en el § 222. Si bien no puede excluirse que J hubiera podido reconocer a tiempo a K en la zona iluminada por las luces de P —si este hubiera instalado en su bicicleta una iluminación conforme al reglamento—, sin embargo, esto no es suficiente para también imputar objetivamente a P la muerte producida tras los hechos, pues no corresponde al fin de protección del deber de contar con luces, iluminar el tráfico de sentido contrario a los **otros intervinientes en el tráfico**[54].

▶ Ejemplo de fin de protección, en *Beulke*, Klausurenkurs II, n.m. 216

3. El grupo de casos referidos al "riesgo general de la vida" y al "riesgo permitido"

a) En ningún caso puede hablarse de la creación de un peligro jurídicamente relevante si el grado de peligro ocasionado es tan escaso que no excede el **riesgo general de la vida**. A este contexto pertenecen, en especial, las **condiciones completamente lejanas** (por ejemplo: la procreación de un posterior **257**

54 Respecto al fin de protección de la norma como criterio de imputación, cfr. también BGHSt 21, 59 (caso *Zahnarzt*); 33, 61 (caso de la *Geschwindigkeitsüberschreitung*); casuística adicional en *Puppe*, Erfolgszurechnung, p. 103 y s.; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 84 y ss.; crít. *Degener*, Die Lehre vom Schutzzweck der Norm und die strafgesetzlichen Erfolgsdelikte, 2001; caso de ejemplo ilustrativo en *Mitsch*, JA 06, 509.

asesino) y los **cursos causales no dominables** (especialmente, la fuerza de la naturaleza).

Ejemplo: Si durante una tormenta A envía afuera a B para que este sea alcanzado por un rayo y esto —aunque era poco probable— termina ocurriendo, no hay dudas de que debe afirmarse una causalidad en el sentido de la teoría de la equivalencia. Sin embargo, dado que la producción del resultado de muerte se basa en los efectos de las fuerzas no dominables de la naturaleza, aquí, al final, se realiza un riesgo general de la vida. En consecuencia, se trata de un accidente y no de un injusto (respecto al ámbito de la autopuesta en peligro de manera voluntaria aquí relevante, cfr. n. m. 259 y ss.).

258 **b)** Además de ello, tampoco es jurídicamente relevante un peligro cuando, a pesar de que el autor provoca un riesgo de lesión significativo, su comportamiento se encuentra cubierto por el **riesgo permitido**. Este es siempre el caso cuando, pese a su peligrosidad, determinados comportamientos están permitidos de modo general como consecuencia de su utilidad social (teoría de la **adecuación social**[55]). El típico ejemplo está constituido por la participación en el tráfico público (vial).

Ejemplo: El tío rico, a quien su sobrino ha convencido a realizar un viaje en avión, muere —tal como espera el sobrino— como consecuencia de la caída del avión. Aparte de que, al abordar el avión, el tío se colocó por sí mismo en peligro de una manera voluntaria (sobre este aspecto, cfr. n. m. 259 y ss.), aconsejar a alguien a realizar un viaje aéreo no constituye, de acuerdo con el estado actual de la tecnología, un peligro jurídicamente desaprobado. En vista de la escasa probabilidad de un accidente y de la utilidad social general del tráfico aéreo, el peligro restante está ya cubierto por el riesgo permitido. Por el contrario, si hubiera una bomba escondida en el avión y el sobrino conociera esta circunstancia, entonces, en caso de que el avión se estrellara como consecuencia de la explosión, tendría que afirmarse la imputación objetiva con base en el conocimiento especial superior del sobrino y la conducción del curso causal derivada de ello (cfr. n. m. 269)[56].

55 Cfr. *Kaspar*, JuS 04, 409; *Rönnau*, JuS 11, 311; *von der Meden*, JuS 15, 22, 23; *Valerius*, JA 14, 561; en parte, distingue más intensamente entre el concepto del "riesgo permitido" y el del "comportamiento socialmente adecuado" (v. n. m. 57): *Roxin*, AT I, § 10 n. m. 33 y ss.; sobre la fundamentación de un ámbito exento de punibilidad para las peleas deportivas con ayuda de la denominada "adecuación deportiva", v. *Schild*, Paeffgen-FS, p. 153.

56 Diferente, *Kindhäuser*, GA 2007, 466; v. también *Duttge*, Maiwald II-FS, p. 133; *Kindhäuser*, Maiwald II-FS, p. 397; *Schall*, p. 145.

Desde luego, no siempre se puede limitar de forma clara si el riesgo que se ha creado permanece aún debajo del umbral de relevancia y, por tal razón, tiene que ser considerado jurídicamente irrelevante; o si el peligro es significativo, pero es jurídicamente irrelevante como consecuencia de un criterio de adecuación social. Sin embargo, si se tiene en cuenta que los resultados son idénticos, esto tampoco resulta necesario.

4. El grupo de casos de la "autolesión y autopuesta en peligro"

El **principio de la autorresponsabilidad** constituye un criterio de imputación importante. De acuerdo con él, en principio, cada uno solo es responsable por su propio comportamiento. En la determinación de la imputación objetiva, este principio resulta útil para **delimitar los distintos ámbitos de responsabilidad**. En primer lugar, se trata de no imputar al autor, como obra suya, aquellos resultados que únicamente son de responsabilidad de la víctima. Es decir, aquí se trata principalmente de la constelación de casos referidos a la autopuesta en peligro o a la autolesión libremente responsable (n. m. 260). Pero, al mismo tiempo, el principio también puede contribuir a solucionar aquellos casos en los que terceros intervienen dolosa o imprudente en el suceso (al respecto, v. 5). 259

a) Cuando la víctima se lesiona o se pone en peligro a sí misma de manera voluntaria, se sigue, con base en el principio de la autorresponsabilidad, que la lesión del bien jurídico producida en la víctima es solo imputable a esta, aun cuando en ella hayan intervenido terceros. 260

De acuerdo con la clara orientación del StGB, resulta jurídico-penalmente irrelevante el comportamiento de quien se inflige a sí mismo una lesión corporal o se suicida, pues el tipo solo comprende una lesión a otro (cfr. solo el § 223 Abs. 1: "El que maltrate corporalmente a *otra persona* [...]"). Sin embargo, para evitar contradicciones valorativas, también tiene que considerarse jurídico-penalmente irrelevante el comportamiento de aquel que solo induce a otro o le ayuda a lesionarse a sí mismo bajo su propia responsabilidad[57]. Pues, al final, desde su perspectiva, él solo contribuye a una "obra ajena" lo cual —puesto que esta es atípica— resulta jurídicamente irrelevante. Por

57 Salvo cuando el legislador afecta explícitamente otra decisión, como sucede en Austria (§ 78 del StGB alemán) y Suiza (art. 115 del StGB suizo).

consiguiente, que aquí no surja la imputación se fundamenta en el hecho de que el ámbito de protección de las normas —como, por ejemplo: los §§ 212; 222; 223 y 229— solo **protege al titular del bien jurídico frente a las intervenciones de terceros**. Sin embargo, ella termina justamente donde empieza el ámbito de responsabilidad propio del afectado.

261 En la imputación objetiva tampoco puede recurrirse al principio de la autorresponsabilidad cuando el fin de protección del tipo correspondiente es otro. En ese sentido, en el BGHSt 37, 179, se ha puesto de relieve que los §§ 29.I Nr. 1, 6b, 30.I Nr. 3 BtMG tienen por finalidad la protección de la comunidad (protección de la "salud pública"), de modo que la autopuesta en peligro de los consumidores individuales de drogas está abarcado por el fin de protección[58].

262 En conclusión, en los casos de la autolesión o autopuesta en peligro no se crea ningún peligro jurídicamente relevante en el sentido de la fórmula general de la imputación objetiva mencionada arriba (n. m. 251).

Ejemplo: A se inyecta la heroína que B le ha entregado. Pese a que la droga causa la muerte de A, no es posible sancionar a B por el § 222. B solo ayudó a A a ponerse en peligro a sí mismo de forma consciente y autorresponsable. Sin embargo, la situación resulta más problemática si A no muere inmediatamente y B se da cuenta que A aún puede ser salvado. Si B omite llevar a cabo acciones de salvación (y A muere a consecuencia de ello) se produce una punibilidad de B por homicidio omisivo, según los §§ 212 y 13.I (v., al respecto, n. m. 1024)[59].

263 También la jurisprudencia, que anteriormente afirmaba la punibilidad del colaborador con base en el respectivo delito imprudente, acepta estos principios sin cuestionar el aspecto de la autopuesta en peligro[60].

Ejemplos adicionales: A conduce un automóvil de una forma "obstaculizadora" y veloz para dar a entender al conductor B, quien va detrás de él, que este no lo podrá adelantar.

58 Igual en el resultado, BGHSt 46, 279, 284, en ese sentido, con observaciones a favor, *Duttge*, NStZ 01, 546 y *Sternberg-Lieben*, JZ 02, 153; v. también *Beulke/Schröder*, Anm. NStZ 91, 393; Körner/*Patzak*, BtMG, § 30 n. m. 96 y ss.; *Weber*, Betäubungsmittelgesetz, 4 edic. 2013, § 30 n. m. 143 y ss.; crít. *Paeffgen*, BGH-Wiss-FS, p. 696 y ss.

59 V., al respecto, BGH NJW 16, 176 (caso *GBL*) con anotaciones críticas *Schiemann*; v. también la discusión crítica de *Eisele*, JuS 16, 276 y *Jäger*, JA 16, 392, así como las anotaciones de *Bosch*, Jura (JK) 16, 450.

60 Cfr. BGHSt 32, 262 (1 caso *Heroinspritzen*); BGH NStZ 85, 25 (caso *Stechapfeltee*) con discusión *Fahl*, JA 98, 105; BGH NStZ 01, 205 (caso *Heroinabgabe*); sin embargo, a favor *Renzikowski*, JR 01, 246, 248. Más detalladamente al respecto, *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 191 y ss. con notas adicionales.

Sin embargo, con el objetivo de ganar esta "medición de fuerzas", B adelanta en una curva a A, pero, pierde el dominio sobre su automóvil, choca contra un árbol y muere. Aquí se excluye la punibilidad de A por el § 222, pues B actuó bajo su propia responsabilidad. En consecuencia, la muerte de B no se puede imputar a A[61].

No obstante, una autolesión o una autopuesta en peligro excluyente de la imputación requiere de la concurrencia de dos circunstancias: **264**

(1) Un ámbito de responsabilidad de la víctima solo tiene lugar cuando este actúa realmente de forma "**autorresponsable**" (n. m. 265). Con ello surge aquí la cuestión referida al criterio de la autorresponsabilidad.

(2) La víctima realmente tiene que **lesionarse a "sí misma"**. Ella no puede ser lesionada por el autor (n. m. 268).

Por consiguiente, tiene que distinguirse, por un lado, entre autopuesta en peligro y heteropuesta en peligro; y, por otro lado, entre autolesión y lesión a un tercero.

b) Existe discusión sobre el **criterio** con base en el cual puede determinarse si la víctima ha actuado de forma **autorresponsable**. Una opinión ampliamente difundida considera a la víctima como un "autor" contra sí mismo y, por eso, en los casos de daño a bienes jurídicos ajenos, recurre a los criterios de la responsabilidad jurídica "del autor" y a las **reglas de exculpación** pertinentes (§§ 20 y 35 StGB; § 3 JGG). De acuerdo con ella, la autorresponsabilidad tiene que negarse solo excepcionalmente, es decir, en caso de adolescentes, enfermos mentales, perturbaciones psicológicas o personas que se encuentran en una situación de necesidad del § 35, a las que no es posible reprochar un comportamiento culpable en caso de que hubieran lesionado a otros en lugar de a sí mismos. En todos los otros casos, habría que partir de una autorresponsabilidad y, como consecuencia de ello, excluir la imputación[62]. **265**

En cambio, la opinión contraria se guía por las reglas de la **teoría del consentimiento**. Esta opinión no se orienta al rol de autor de aquel que se lesiona o se pone sí mismo en peligro, sino, más bien, a su rol como "víctima" de sí mismo. Por consiguiente, ella niega la autorresponsabilidad cuando la vícti- **266**

61 Cfr. OLG Stuttgart JR 12, 163 (caso *Kraftprobe*) con observaciones críticas, *Puppe*; crít. también *Mitsch*, JuS 13, 20, quien acepta una imputación atendiendo al fin de protección del § 29.I StVO ("prohibición de carreras con autos").

62 *Hirsch*, JR 79, 429, 432; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 114; caso de ejemplo: *Norouzi*, JuS 06, 531.

ma no puede renunciar válidamente a sus bienes jurídicos frente a un tercero que funge de autor. En consecuencia, también se recurre a los criterios que sirven para la determinación de la eficacia de un consentimiento justificante (al respecto, n. m. 550 y ss.). Dado que esta opinión impone mayores exigencias para la afirmación de la autorresponsabilidad, conduce con mayor frecuencia a una responsabilidad jurídico-penal del tercero[63].

267 Por lo tanto, la mencionada discusión pierde relevancia cuando concurren los requisitos de una regla de exculpación (por ejemplo: ausencia de culpabilidad a causa del consumo de alcohol) en el afectado. De acuerdo con la opinión general, en este caso, se excluye una autolesión o una autopuesta en peligro por propia responsabilidad. En todo caso, en una puesta en peligro de la propia vida o en una renuncia a esta tiene que seguirse la segunda posición, pues no pueden imponerse menos exigencias a la falta de libertad en la formación de la voluntad para disponer de la propia vida que al consentimiento en las lesiones corporales y a la "seriedad" de la voluntad de morir prevista en el § 216 (cfr. n. m. 778).

268 **c)** Además, tiene que determinarse si realmente la víctima **se ha puesto a sí misma en peligro**. Una autopuesta en peligro por propia responsabilidad, que por lo general lleva a negar la imputación, tiene que distinguirse de la **puesta en peligro consentida por un tercero**, cuyas consecuencias jurídicas son bastante más problemáticas (v. n. m. 273). La identificación de cuál es la constelación que se configura en un determinado supuesto pasa por la identificación del **sujeto que domina el suceso**, para lo cual puede recurrirse analógicamente a los fundamentos de la distinción entre autoría y participación (cfr. n. m. 743 y ss.)[64].

63 BGH NStZ 12, 319 (caso *Reinigungsmittel*), con observaciones, *Brüning*, ZJS 12, 691, *Kuhli*, HRRS 12, 331 y *Rengier*, Kühl-FS, p. 383; *Kindhäuser*, BT/I, § 4 n. m. 15; *Lackner/Kühl*, vor § 211 n. m. 13a; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 48.

64 BGHSt 53, 55, 60 (caso *Autorennen I*); OLG Celle StV 13, 27 (caso *Autorennen II*) con observaciones que en el resultado son a favor, *Rengier*; *Hecker/Witteck*, JuS 05, 397; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 105 y ss.; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 65.a; en contra, *Hauck*, GA 12, 202; SK-*Hoyer*, Anh. zu § 16 n. m. 50; *Murmann*, Puppe-FS, p. 767; referido al caso: *Hinderer/Brutscher*, JA 11, 907; *Jäger*, Schünemann-FS, p. 421; exhaustivamente, *Timpe*, JR 14, 52; *von der Meden*, JuS 2015, 22; Selbst-oder Fremdgefährdung beim Doping *Corsten/Kuse*, ZJS 13, 453, 456.

Cuando el (único) **dominio del hecho** concurre en la víctima, se configura una autopuesta en peligro. De otro modo (también en casos de una "cuasi-coautoría"[65]), se trata de una puesta en peligro de un tercero.

El dominio del hecho del autor también puede surgir —a pesar de una actuación libremente responsablemente de la víctima— de un **conocimiento superior** (cfr. la constelación de casos de la autoría mediata, v. n. m. 777). Por consiguiente, se configura un ámbito de responsabilidad del autor cuando su conocimiento real sobre el riesgo excede al de la víctima que actúa de manera autorresponsable. **269**

Ejemplo 1 ("heroína impura"): A, adicto a las drogas, le pide a B que le consiga más "sustancia" a cualquier costo. B consigue heroína de un vendedor, a sabiendas de que ella es de menor calidad, pero sin revelárselo a A. A se aplica la heroína que B le ha conseguido, pero muere como consecuencia de su alta impureza. Si bien A posee el "dominio del hecho" al momento en el que se aplica la inyección, pues él se inyecta por sí mismo la heroína, sin embargo, se halla en una situación de error respecto a la peligrosidad de la sustancia inyectada, que, en concreto, consiste en que B no le ha puesto al tanto de la impureza de la droga. Como consecuencia de ello, A aparece aquí como el "instrumento" de B, quien posee el "dominio del hecho en virtud de su conocimiento especial". En tal sentido, A no se lesiona a sí mismo, sino que, más bien, es B quien lesiona a A "mediante la utilización del instrumento A" contra sí mismo.

Una **responsabilidad por imprudencia** del tercero que actúa también puede fundamentarse parcialmente en el hecho de que este solo haya tenido la **posibilidad** de comprender la extensión del peligro mejor de lo que la víctima misma lo ha hecho[66]. Por consiguiente, resulta irrelevante si él **realmente** dispone de un mejor conocimiento del riesgo. **270**

Ejemplo 2 ("confusión de la cocaína")[67]: Ü quiere consumir cocaína y con ese objetivo se dirige donde R, un conocido vendedor de drogas. R entrega a Ü una determinada cantidad de mercancía, asumiendo que esta era cocaína. En realidad, R se había confundido de sustancia y entregado heroína pura a Ü. Ü muere como consecuencia del consumo de

65 BGHSt 49, 34, 39 y s. (2 caso *Heroinspritzen*); BGH NJW 03, 2326, 2327 (caso *Zivi*); de otra opinión, *Eisele*, JuS 12, 577, 579; *el mismo*, Kühl-FS, p. 159, 165; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 n. m. 107.

66 BGHSt 53, 288 (caso *Kokain*); al respecto *Weißer*, Wolter-FS, p. 541, 545 y ss.; *Eisele*, JuS 12, 577, 583; *Frisch*, Zurechnung, p. 154 y ss.; MK-*Hardtung*, § 222 n. m. 23; *el mismo*, NStZ 01, 206; *Lackner/Kühl*, Vor § 211 n. m. 12; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 167; sobre la responsabilidad en el marco de la relación médico-paciente, *Oğlakcıoğlu*, HRRS 13, 344, 346 y ss.

67 Según BGHSt 53, 288 (caso *Kokain*).

heroína, sin recibir ayuda de nadie. R —pero no Ü— habría podido advertir y evitar que la confusión se produjera (y también la muerte de Ü causada por ella) si hubiese actuado conforme al deber y de una manera cuidadosa. De acuerdo con esta posición, R es punible por el § 222.

271 Sin embargo, desde una perspectiva correcta, tiene que hacerse la siguiente distinción: el consentimiento de la víctima respecto al resultado (de puesta en peligro) incluye también un acuerdo sobre el riesgo adicional de un daño no cubierto por toda relación[68] solo cuando el titular del bien jurídico y quien colabora en la autopuesta en peligro disponían de una **base de información, en su mayor parte semejante**, para **comprender el riesgo** que se corría. Entonces, aunque ambas partes no agoten sus posibilidades de conocimiento de la situación, se configura una autopuesta en peligro por propia responsabilidad no punible[69]. Esto es mostrado por el siguiente ejemplo:

Ejemplo 3 ("el método psicodélico")[70]: En el marco de la puesta en práctica de un método no reconocido científicamente (denominado *Psycholyse*), el médico A distribuye drogas ilegales entre los participantes a las reuniones, las cuales deberían permitir el acceso al contenido inconsciente de la psique. Como consecuencia del consumo de la droga, el paciente P sufre (como en reuniones anteriores) fuertes alucinaciones y espasmos. Aquí tiene que negarse la imputación de las lesiones corporales al médico. Todos los pacientes, que decidieron libremente tomar la droga, sabían que ella era ilegal y, además, que el método de la *Psycholyse* carecía de reconocimiento científico. Es decir, P tuvo que considerar los riesgos médicos, especialmente porque él ya había mostrado esos signos con anterioridad. Que A, dada su condición de médico, de alguna forma haya podido comprender el riesgo que se corría más fácilmente o mejor que los pacientes, no fundamenta por sí mismo un dominio de la acción[71] —debido a la existencia de una base de información semejante—. Considerar que para la afirmación de una lesión (o de una puesta en peligro) llevada a cabo por un tercero basta con que A tenga un dominio "potencial" del hecho, llevaría a considerar incorrectamente que al autor de un delito imprudente le correspondería un deber más fuerte en comparación con el autor de un delito doloso, si se tiene en cuenta que, en cuanto a este último,

68 BGH NJW 14, 1680 (caso *Substitution*) con discusión, *Kudlich*, JA 14, 392; cfr. también BGH StV 14, 601 (caso *Schmerzpflaster II*), con observaciones *Kaspar*, HRRS 14, 436; al respecto, también *Bosch*, JK 7/14 StGB 227/10; *Arzt*, Geppert-FS, p. 1 y 12.

69 Acertadamente, la absolución del AG Garmisch-Partenkirchen, Beck RS 2010, 24430 (caso *Zugspitzlauf*); al respecto: AnwK-StGB-*Mitsch*, § 222 n. m. 7; *Albrecht/Kaspar*, JuS 10, 1071; *Jahn*, JuS 11, 844; v. también BGH NJW 2014, 1618.

70 Según BGH NStZ 11, 341.

71 En ese sentido, en el resultado, también BGH NStZ 11, 341.

una puesta en peligro por un tercero recién puede fundamentarse cuando existe realmente un dominio objetivo[72].

En cambio, no existe una autopuesta en peligro por propia responsabilidad cuando el titular del bien jurídico únicamente se encuentra bajo un **error relevante** respecto al riesgo realmente asumido y **solo el autor puede** comprender completamente el riesgo concreto. Si, en este caso, el autor no agota por imprudencia sus mejores posibilidades de conocer el resultado ello constituye su obra y, por lo tanto, él es punible por la producción imprudente del resultado[73]. **272**

En tal sentido, en el mencionado **ejemplo 2** ("confusión de la cocaína"), R tiene que ser sancionado por homicidio imprudente (§ 222), puesto que él no utiliza por imprudencia su mejor posibilidad de conocer el tipo de droga. Este resultado también sería coherente en caso de que el vendedor de drogas R hubiera confundido dolosamente la cocaína con heroína: aquí, sin duda, R tendría un dominio del hecho debido a su conocimiento objetivo superior y, por eso, tendría que ser sancionado por el delito de homicidio doloso.

Mientras que una decisión autorresponsable respecto a una autopuesta en peligro es aceptada de forma ilimitada y —como se ha visto— excluye la sanción de quien ha contribuido a ella, en la **puesta en peligro de terceros a solicitud del afectado o con el consentimiento de este** resultan relevantes las limitaciones a la autonomía impuestas por los §§ 216 y 228 a la disposición de la víctima sobre su propia vida o sobre su integridad corporal (v. n. m. 552, 560 y ss.)[74], debido a lo cual la **opinión dominante imputa objetivamente** al autor el resultado producido a la víctima. Sin embargo, el tratamiento jurídico-penal de la puesta en peligro de un tercero consentida, en la que la víctima se expone conscientemente a los efectos de las acciones peligrosas de otro, no está exento de problemas. **273**

72 También, en ese sentido, *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 113; también, en principio: BGHSt 32, 262, 264; 53, 288, 290.

73 Cfr. BGH NStZ 11, 341, 343 (caso *Drogenarzt*) con obs. *Jahn*, JuS 11, 372; *Jäger*, JA 11, 474; *Kotz*, JR 11, 267; *Puppe*, JZ 11, 911; *Stam*, StV 11, 536; v. también *Beulke*, Zoll-FS, Bd 2, p. 735; HK-GS-M. *Heinrich*, Vorbem. zu § 13 n. m. 139, con notas adicionales.

74 BGHSt 49, 166 (caso *Sado-Maso*); 53, 55 (caso *Autorennen I*), con observaciones que en el resultado son a favor, *Brüning*, ZJS 09, 194; *Duttge*, NStZ 09, 690; *Jahn*, JuS 09, 370; instructivo *Jäger*, Schünemann-FS, p. 421; *Kudlich*, JA 09, 389; *Renzikowski*, HRRS 09, 347; *Roxin*, JZ 09, 399; crít. *Kühl*, NJW 09, 1158; BGH NJW 03, 2326 (caso *Zivi*) m. Bspr. *Martin*, JuS 03, 1137.

Ejemplo[75]: A permite que B le inyecte heroína. A muere como consecuencia de la droga. Dado que B posee el dominio del hecho, existe una puesta en peligro de un tercero, de modo que, según la literatura dominante, B puede ser sancionado por el § 222, a pesar del consentimiento de A.

274 Sin embargo, el sentido de una distinción entre una autopuesta en peligro por propia responsabilidad no punible y una puesta en peligro de un tercero consentida, punible bajo determinadas circunstancias, tampoco está en absoluto exento de dudas[76]. La dificultad de esa limitación, por ejemplo, en el caso de relaciones sexuales sin protección con alguien infectado con VIH consentidas[77], constituye un argumento a favor de **tratar ambos grupos de casos de forma paralela, por lo menos respecto al resultado.**

Roxin[78] excluye el tipo cuando la puesta en peligro ajena consentida es equiparable a una autopuesta en peligro en todos los aspectos relevantes. Aunque, en este caso especial de puesta en peligro ajena consentida parece preferible afirmar la configuración del tipo, tiene que reconocerse el efecto *justificante* del consentimiento[79]. Por lo menos en el resultado, el OLG Zweibrücken rechazó acertadamente la punibilidad en un claro caso de puesta en peligro ajena a pedido de la víctima (llevar a una persona en el compartimento de carga de un auto tipo combi donde no había cinturón de seguridad)[80]. Por el contrario, en estos grupos de casos, la jurisprudencia mayoritaria acepta la punibilidad (v. también n. m. 568 y 965)[81].

75 Según el BGHSt 49, 34 (2 caso *Heroinspritzen*) con obs. *Trüg*, JA 04, 597.

76 En contra, *Schünemann*, JA 75, 715, 723; NK-*Puppe*, Vor §§ 13 n. m. 182 y ss.; *Stratenwerth*, Puppe-FS, p. 1017, 1019.

77 Cfr., de un lado, *Brand/Lotz*, JR 11, 513; *Helgerth*, NStZ 88, 262; *Schünemann*, JR 89, 89, 90; de otro lado, *Herzog/Nestler-Tremel*, StV 87, 360, 368; *Meier*, GA 1989, 207, 219; diferenciadamente, *Prittwitz*, JA 88, 427.

78 AT I, § 11 n. m. 123; *Geppert*, Jura 01, 490; HK-GS-*M. Heinrich*, Vorbem. § 13 n. m. 141 y s.; *Hellmann*, Roxin-FS, p. 271; *Schild*, p. 87; v. también *Luzón Peña*, GA 2011, 295.

79 *Beulke*, Otto-FS, p. 207; *Eisele*, BT I, n. m. 230; *Grünewald*, GA 2012, 364; *B. Heinrich*, AT, n. m. 473; SK-*Hoyer*, Anhang zu § 16 n. m. 94 y ss.; *Kaspar*, JuS 12, 112, 115; *Kindhäuser*, LPK, Vor § 13 n. m. 224; *Kühl*, NJW 09, 1158; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 y ss. n. m. 103–105; *T. Walter*, NStZ 13, 673; parcialmente también *Dölling*, Gössel-FS, p. 214; *Duttge*, Otto-FS, p. 227; *Murmann*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, 2005, p. 432, 535 y s.; otra opinión OLG Koblenz BA 02, 483 con observaciones en contra *Heghmanns*; OLG Nürnberg NJW 03, 454 (*Russisches Roulette*) con observaciones en contra *Engländer*, JZ 03, 747; *Stefanopoulou*, ZStW 124 [2012], 689; Coester-Waltjen-I-*Wittig*, p. 48.

80 JR 94, 518 con observaciones *Dölling*.

81 OLG Düsseldorf NStZ-RR 97, 325; a favor *Trüg*, JA 02, 214; para una profundización v. además BayObLG JZ 97, 521 con observaciones *Otto; Beulke/Mayer*, JuS 87, 125; *Dölling*, JR 90, 474 y 94, 520; *Frisch*, NStZ 92, 1 y 62; *Herzberg*, JA 85, 131; *Kargl*, JZ 02, 389; *Otto*,

Para aquellos casos en los que alguien se involucra autorresponsablemente en la práctica de relaciones sexuales sin protección con un enfermo de sida, el BayObLG NStZ 90, 81 parte acertadamente de una colaboración no punible del portador del virus en una autopuesta en peligro ajena.

d) También viene en consideración una interrupción del nexo de imputación en aquellos casos en los que, luego del hecho, el lesionado lleva a cabo un comportamiento completamente inusual, por el cual él mismo tiene que responder (**injerencia autorresponsable de la víctima**, v. también n. m. 276, respecto a la injerencia de un tercero). Estos casos también podrían considerarse —con el mismo resultado— como un curso causal atípico (v. n. m. 289 y ss.). **275**

Ejemplo: La víctima apuñalada por el autor y llevada al hospital muere solo por rehusarse a recibir una transfusión de sangre que tenía el objetivo de salvarle la vida. Aquí la víctima misma tiene que responsabilizarse por la producción del resultado (muerte)[82]. Además, ese curso causal es completamente atípico y, por eso, no se puede ser atribuido al autor.

Sin embargo, su validez es distinta cuando, por ejemplo, el autor provoca lesiones peligrosas para la vida de la víctima mediante un comportamiento imprudente en el tráfico vial y esta muere en el hospital como consecuencia de su negativa a ser operado por motivos poco razonables o, en todo caso, no completamente irrazonables (por ejemplo, debido a una cuota de mortalidad del 5-15 %)[83].

▶ Otros ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs II, n. m. 220 y Klausurenkurs III, n. m. 342.

5. El grupo de casos referidos a la "injerencia autorresponsable de un tercero"

a) Además de los casos de autolesión o autopuesta en peligro, una clasificación de los ámbitos de responsabilidad en el marco de la imputación objetiva también permite, en lo fundamental, la solución de "constelaciones de casos con tres personas", en las que el comportamiento (doloso o imprudente) de **276**

Tröndle-FS, p. 157; *Roxin*, NStZ 84, 411; *Sternberg-Lieben*, JuS 98, 428; *T. Walter*, NStZ 13, 673; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 65a; *Zaczyk*, Strafrechtliches Unrecht und die Selbstverantwortung des Verletzten, 1993.

82 Igualmente *Otto*, Wolff-FS, p. 398; *Rengier, AT, § 13 n. m. 86; distinto* BGH NStZ 94, 394.

83 OLG Celle StV 02, 366 con obs. críticas *Walther*.

un tercero se vincula al comportamiento inicial del (primer) autor y provoca de ese modo el resultado típico[84]. Si no existe un supuesto de "adelantamiento de la causalidad" (v. n. m. 237), el primer autor será **causante** del resultado provocado por el tercero. Pero la determinación de si ello constituye una **interrupción del nexo de imputación** se define por el ámbito de responsabilidad al que corresponde el resultado; la responsabilidad del primer causante **termina** cuando el resultado tiene que imputarse exclusivamente al tercero, es decir, cuando (de acuerdo con la fórmula básica, n. m. 251) el tercero crea, de forma **completamente responsable**, un nuevo peligro con efectos independientes sobre el resultado y que se **realiza únicamente en el resultado**[85].

277 **b)** Pero una precisa delimitación de los ámbitos de responsabilidad tampoco está exenta de discusión. De acuerdo con una acertada opinión, también tiene que afirmarse **excepcionalmente** la imputación objetiva, en caso de la intervención de un tercero, cuando el peligro generado por el (primer) autor ya contiene el riesgo producido por la intervención del tercero, es decir:

— [C]uando el autor crea un peligro jurídicamente relevante por medio de la infracción de **normas de seguridad que justamente sirven para la protección frente a hechos dolosos o imprudentes de terceros**, (por ejemplo: § 36 WaffG [manejo de armas], § 5 AtomG [tenencia de material fisible])[86].

Por tal razón, debe sancionarse por homicidio imprudente al padre que, infringiendo el § 36 párr. 1 orac. 1 WaffG ("Quien posea armas o munición debe tomar las precauciones necesarias para impedir que tales objetos se extravíen o que terceros las tomen sin autorización"), deja un arma de fuego al alcance de todos en su domicilio, con la cual su hijo menor de edad mata a otros en el curso de un atentado homicida[87].

— [O] cuando el comportamiento del tercero está vinculado de una manera tan específica con el peligro inicial que aquel ya aparece como **típicamente fundamentado en el peligro inicial**[88].

84 Cfr. *Geppert*, Jura 01, 490; *Gropp*, AT, § 5 n. m. 48; *Kindhäuser*, LPK, Vor § 13 n. m. 135; acerca de la intervención del mismo autor: *B. Heinrich*, Geppert-FS, p. 171.

85 OLG Rostock NStZ 01, 199; *Kühl*, AT, § 4 n. m. 49, ss., 83 y 98.

86 *Mitsch*, ZJS 11, 128, 131; *Otto*, Wolff-FS, p. 412 y ss.; *Schünemann*, GA 1999, 207, 224.

87 BGH NStZ 13, 238 (*Amoklauf von Winnenden*) con observaciones en contra, *Berster*, ZIS 12, 624 y *Braun*, JR 13, 37, y discusión en *Jäger*, JA 12, 634; *Jäger*, Kühne-FS, p. 3, 9 y ss.

88 *Baier*, JA 02, 843; *Otto*, Grundkurs AT, § 6 n. m. 50; v. también *Gimbernat Ordeig*, I. Roxin-FS, p. 137; *Kretschmer*, Jura 08, 265; referido al caso: *Fahl*, JuS 12, 1104, 1110.

En ese sentido, en el caso *Gnadenschuss* (n. m. 234), el primer autor A tiene que ser sancionado por homicidio consumado; igualmente, en el caso *Pflegemutter* (n. m. 234), tiene que sancionarse a R[89]. Por el contrario, en el caso *Bratpfannen* (n. m. 235), solo puede atribuirse a S una tentativa.

▶ Ejemplo adicional en *Beulke*, Klausurenkurs III n. m. 32.

En tal sentido, la opinión tradicional coloca la relación de adecuación en un primer plano. De acuerdo con ella, solo debe excluirse la imputación cuando la intervención del tercero que actúa autorresponsablemente queda tan **al margen de la experiencia general de la vida** que ya no puede contarse **razonablemente** con ella[90]. Absolutamente similar es la argumentación de aquellos que se orientan por la circunstancia de si la predisposición al hecho del segundo autor era reconocible para el primer autor (que actúa imprudentemente)[91]. **278**

c) Especial atención merecen los casos que **reúnen en sí los elementos de la autopuesta en peligro** (n. m. 259 y ss.) **y los de injerencia de un tercero.** Estos se presentan cuando el tercero que interviene en el curso causal iniciado por el primer autor, se pone en peligro a sí mismo. En especial, se discute si también tiene que imputarse la lesión del bien jurídico sufrida por el salvador (denominados como **casos de los salvadores**)[92] que interviene voluntariamente a quien crea un peligro específicamente típico. **279**

Ejemplo: A prende fuego a la casa de B. Para rescatar de una inminente muerte por asfixia al hijo de B, quien se encuentra dormido, el bombero F (a) o el vecino N (b) ingresa a la casa en llamas. F o N es derribado por una viga que se desprende.

Por un lado, se niega la responsabilidad del causante inicial respecto al resultado, considerando que el salvador intervendría voluntariamente y que, por ello, el causante inicial solo motivaría una autopuesta en peligro **280**

89 Divergente en ese sentido, *Otto*, Lampe-FS, p. 502.

90 Resumen en *B. Heinrich*, AT, n. m. 1050 y ss.; *Hillenkamp*, AT, p. 238, con notas adicionales.

91 Así, por ejemplo, *Roxin*, AT I, § 24 n. m. 26 y ss., con notas adicionales; cfr., al respecto, *Jäger*, Kühne-FS, p. 3, 9 y ss.

92 En profundidad, *Kindhäuser*, LPK, Vor § 13 n. m. 152 y ss.; S/S/W-StGB-*Kudlich*, Vor §§ 13 y ss. n. m. 57; *Radtke/Hoffmann*, GA 2007, 201; *Strasser*, Die Zurechnung von Retter-, Flucht- und Verfolgerverhalten im Strafrecht, 2008.

consciente y autorresponsable[93]. Por el contrario, otros imputan siempre los resultados provenientes de la acción salvadora al ámbito de riesgo del causante inicial[94]. No obstante, solo una solución diferenciada puede ser aquí convincente[95]:

281 — Si, en el caso concreto, el salvador está **jurídicamente obligado a intervenir** como consecuencia de una posición de garante privada (por ejemplo: un pariente cercano de la víctima) o de normas del derecho público (por ejemplo, un bombero), entonces, él no actúa "voluntariamente" —desde una perspectiva normativa—. Por decirlo de una manera, la decisión a actuar es más bien "tomada" por el precepto legal[96]. Además, el salvador —en cumplimiento de su deber— impide otros daños, de los cuales sería responsable el primer autor. En tal sentido, una intervención exitosa permite que un individuo (aquí: el hijo de B) sea rescatado de una casa incendiada por el autor, de modo que el causante original, por lo menos respecto a este individuo, ya no resulta punible por los §§ 222 y 306c. Pero el otro lado de esa evitación de la lesión, que termina favoreciendo al autor, tiene que estar constituido por la imputación a este de las lesiones inevitables sufridas por el salvador al poner en práctica las medidas de salvación[97], aun cuando estas son ya riesgosas[98]. Solo las acciones de salvación que ya de entrada carecen de sentido y que son evidentemente y desproporcionadamente riesgosas, llevan a una exclusión de la imputación[99]. Pues las medidas de salvación de esa clase ya no pueden considerarse típicamente vinculadas al peligro inicial generado por el primer autor[100].

93 *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 115, 137 y ss.; pero recientemente de forma diferenciada: *el mismo, Puppe*-FS, p. 909, 914; para la exclusión de la imputación con base en una "disminución del riesgo": *Stuckenberg*, Roxin II-FS, p. 411.

94 *Jescheck/Weigend*, AT, § 28.IV.4; similar también *Amelung*, NStZ 94, 338.

95 En profundidad sobre la problemática general, *Satzger*, Jura 14, 695 y ss.

96 S/S-*Eisele*, Vor §§ 13 y ss. n. m. 101 y s.; *Satzger*, Jura 14, 695, 702.

97 *Kindhäuser*, LPK, Vor § 13 n. m. 156; en ese sentido, también BGHSt 39, 322, 325 y s., en caso de un "salvador voluntario".

98 MK-*Duttge*, § 15 n. m. 157; S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 ss., n. m. 101 y s.; *Reinbacher*, Jura 07, 382, 385.

99 OLG Stuttgart NStZ 09, 331 (caso *Feuerwehr*) con observaciones en contra, *Puppe*; a favor, *Radtke/Hoffmann*, NStZ-RR 09, 52 y *Kudlich*, JA 08, 740; en profundidad, al respecto: *Radtke*, Puppe-FS, p. 831, 842; *Beckemper*, Roxin II-FS, p. 397.

100 *Satzger*, Jura 14, 695, 704.

— Cuando se trata de un salvador no obligado jurídicamente y, en ese sentido, de un **salvador que actúa voluntariamente**, predomina el aspecto de la autopuesta en peligro por propia responsabilidad, ya que el salvador actúa "bajo su propio riesgo". Sin embargo, esto ya no puede valer de forma general porque —como en el caso del oficio de salvador— una medida de salvamento exitosa beneficiaría al autor inicial. También aquí se tiene que distinguir —de acuerdo con el criterio general de la imputación objetiva— si el comportamiento salvador está ya típicamente abarcado en el peligro inicial[101]. En correspondencia con ello, hay que afirmar, entonces, la imputación objetiva cuando el causante inicial crea mediante su acción delictiva una **posibilidad cercana** y un **motivo razonable para una acción salvadora**[102]. 282

Algo semejante vale para los denominados **casos del perseguidor**, respecto a los cuales se discute la responsabilidad de aquel que huye por los daños causados a quien realiza legítimamente la persecución (por ejemplo: el arresto por medio de un policía, § 127 StPO)[103]. 283

6. El grupo de casos referidos a la "disminución del riesgo"

También el criterio de la **disminución del riesgo** puede excluir la imputación objetiva de aquellos resultados cuya concreta forma es influida y coacusada por alguien de una manera tal que el resultado grave resulta **amenguado** mediante su intervención. 284

Ante todo aquí surge la cuestión respecto a cuándo una tal modificación del resultado y disminución del riesgo, a través de una voluntad salvadora, resulta ya relevante en el **nivel del tipo** desde el punto de vista de la **imputación objetiva** del resultado concreto, y en qué casos la finalidad de salvación del comportamiento tiene que considerarse recién en otro lugar, sobre todo, en el **nivel de la antijuridicidad** para la constatación de causas de justificación (por ejemplo, según los principios del consentimiento presunto del lesionado o del estado de necesidad justificante)[104].

101 Con esa orientación, también S/S/W-StGB-*Kudlich*, Vor §§ 13 y ss. n. m. 57.

102 En ese sentido, también BGHSt 39, 322 con obs. Críticas, *Günther*, StV 95, 78; al respecto, también: *Alwart*, NStZ 94, 84; *Bernsmann/Zieschang*, JuS 95, 775; *Puppe*, AT, § 6 n. m. 10 y ss.; *Sowada*, JZ 94, 663.

103 Más detalladamente, al respecto, *Rengier*, AT, § 52 n. m. 51 y ss.; para la en general ausencia de punibilidad como consecuencia del privilegio del autofavorecimiento: *Krey/Esser*, AT, n m. 368; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 140; *Stuckenberg*, Puppe-FS, p. 1039.

104 En profundidad, *Kindhäuser*, ZStW 120 [2008], 481, 490; *Otto*, NJW 80, 417; *Roxin*,

285 **a)** La imputación objetiva queda excluida cuando en un curso causal ya iniciado el riesgo de lesión para el afectado o la extensión del daño inminente, es aminorado a través de la **atenuación** de los ataques provenientes de terceros o de los efectos lesivos de sucesos dañosos de otra clase, sin fundar al mismo tiempo un peligro independiente y de otro tipo para el afectado.

Ejemplo 1: A toma vuelo para golpear con un palo en la cabeza a B, quien va delante de él. Para salvar a B, R toma del brazo a A y desvía el golpe. Como consecuencia de ello, B es alcanzado en el hombro y solo sufre lesiones leves.

Ejemplo 2: De un andamio cae un ladrillo. Gracias a la resuelta intervención de R, quien usa rápidamente su cartera para proteger a C y desviar el ladrillo, se evita que el ladrillo caiga sobre la cabeza de C, quien solo es alcanzado en la parte superior del brazo y, como consecuencia de ello, solo sufre lesiones leves.

286 En casos de este tipo no puede ya imputarse objetivamente el concreto resultado lesivo a un simple "reductor del riesgo" (pese a la cocausalidad de su intervención[105]) porque su comportamiento no ha creado **ningún peligro jurídicamente desaprobado** para el afectado (aquí B o C). No es objetivo de las normas jurídico-penales prohibir las acciones que, por lo menos, se dirigen a atenuar las lesiones inminentes de bienes jurídicos y reducir el riesgo de un daño cuando ya han fracasado las posibilidades de prevención. El resultado concreto, solamente atenuado en sus efectos, sigue siendo aquí "la obra" del interviniente A (**ejemplo 1**) o de la aciaga casualidad (**ejemplo 2**)[106].

287 **b)** Tiene que distinguirse estrictamente entre los casos anteriormente mencionados y aquellos en los cuales quien posee la voluntad salvadora evita mediante su intervención un peligro inminente para la víctima, pero al mismo tiempo **crea** un peligro (jurídicamente relevante) nuevo, **independiente**, el cual repercute en el resultado de lesión que él ha ocasionado. Aquí no se trata de la disminución de un riesgo ya creado, sino de la sustitución de un ries-

Maiwald II-FS, p. 715, 730 y ss.; *Schmidhäuser*, AT, 5/64; con diversos ejemplos, *Pest/Merget*, Jura 14, 166.

105 De otra opinión en ese sentido *Frister*, AT, 9. Cap., n. m. 22 y s.

106 Más detalladamente, véase S/S- *Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 94; SK-*Rudolphi*, Vor § 1 n. m. 58; parcialmente crít. *Schroeder*, en: Hefendehl, Schünemann-Symposium p. 151; referido al caso *Brand/Kanzler*, JA 12, 37, 41 y s.

go[107] y, por consiguiente, de la creación de un nuevo peligro jurídicamente relevante.

Ejemplo 3: A espera a B premunido de unos palos para golpearlo duramente durante su paseo nocturno. Como R quiere impedir esto, derriba a B golpeándolo a la mandíbula antes de que sea emboscado. Como consecuencia de ello, B es protegido frente al supuesto ataque grave de A (caso *Kinnhaken*).

Ejemplo 4: R acude presuroso hacia la planta alta de una casa en llamas, donde un niño pequeño ha quedado atrapado entre el fuego. R encuentra el niño, pero ve que el fuego obstruye el camino de vuelta. R salva su propia vida en el último minuto descolgándose por las canaletas. Puesto que él no puede llevar consigo al niño por ese camino, lo arroja a los brazos de un vecino que contemplaba los hechos y estaba preparado para atrapar al niño. El niño no sufre ningún otro daño además de una fractura de la clavícula (caso *Brand*).

En ambos casos, la intervención de R ha impedido algo más grave y ha apar- **288**
tado del respectivo afectado el riesgo de sufrir lesiones bastante más graves o, incluso, la muerte. No obstante, no puede dudarse que se le puede imputar objetivamente como "su obra" el concreto resultado lesivo que ha sido provocado **únicamente mediante su comportamiento**. Dado que, incluso, quien se halla en una situación de peligro para su vida se encuentra ilimitadamente bajo la protección del ordenamiento jurídico-penal y que no resulta adecuado "compensar" el peligro que R ha **creado** con el peligro que él ha **evitado**, tiene que buscarse una solución conveniente para estos casos en otro aspecto distinto a la imputación del resultado.

En ese sentido, en el **ejemplo 3** (caso *Kinnhaken*), tras la afirmación de la tipicidad respecto al § 223, tiene que comprobarse la concurrencia de causas de justificación (consentimiento presunto de B, estado de necesidad justificante de acuerdo al § 34). Aquí surge la cuestión respecto a si R no habría podido impedir de otro modo el peligro inminente para B generado por A. En el **ejemplo 4** (caso *Brand*), la tipicidad del § 223 fracasaría en cuanto a la exigencia de dolo (aunque podría pensarse en un *dolus eventualis*, sin embargo, este puede negarse si se considera la voluntad salvadora de R, cfr. n. m. 323 y ss.); por otro lado, no hay lugar para el tipo de lesiones imprudentes (§ 229) si no puede apreciarse ninguna lesión de un deber de cuidado (cfr. n. m. 939 y ss.) en el hecho de que R arroje al niño. En caso necesario, un recurso al § 34 también permite aquí una solución adecuada. Específicamente, en los ejemplos mencionados, la cuestión referida a si existe un comportamiento punible y a la categoría valorativa en la que debe tomarse la decisión, depende de las circunstancias existentes en cada caso.

107 Cfr. *Frisch*, JuS 11, 117.

7. El grupo de casos referidos a un "curso causal atípico"

289 Se habla de **cursos causales atípicos** cuando el resultado producido se encuentra completamente fuera de aquello que aún puede considerarse dentro del curso usual de las cosas y de la experiencia general de la vida[108].

Ejemplo 1: B, mortalmente lesionado como consecuencia del disparo realizado por A con la intención de matarlo, fallece a causa de una fractura cervical como consecuencia de su caída de la camilla, que se produjo cuando uno de los enfermeros que lo atendía sufre un paro cardíaco.

Ejemplo 2: A y B, independientemente uno del otro, suministran a C la dosis de un veneno que de forma individual carece de efectos mortales, pero cuya cantidad total lleva a la muerte de C (sobre la causalidad, v. n. m. 223).

290 **a)** Aunque lo inusual del suceso no excluye ya la causalidad (v. n. m. 233), en casos de este tipo el peligro creado por el autor no se realiza en el resultado. Cuando nadie en el rol social del autor puede prever el resultado en su forma concreta —en el **ejemplo 1**, la muerte por fractura de la zona cervical; en el **ejemplo 2**, la muerte como consecuencia de la cantidad total de veneno—, este resultado es **obra de la casualidad**, pero no del autor. En tal sentido, las consecuencias completamente atípicas están tan débilmente conectadas con el suceso básico, que ellas no representan consecuencias de un injusto punible, sino meros casos del infortunio. Teniendo en cuenta lo anterior, en los **ejemplos 1 y 2** solo es posible —en vista del curso causal completamente atípico— sancionar por tentativa. Por el contrario, un delito imprudente consumado existiría en el siguiente ejemplo:

A, quien hace una prueba de manejo en la autopista, se acerca al auto de B a elevada velocidad y acortando claramente la distancia necesaria. B se asusta por ello y conduce bruscamente su auto hacia el carril derecho. B pierde el control del vehículo, patina desde su carril hacia un árbol y muere como consecuencia de sus graves lesiones. Puesto que el suceso causal no queda completamente excluido de toda experiencia de la vida, aquí concurre el § 222[109].

291 **b)** Sin embargo, en un caso concreto, ello puede causar problemas para delimitar los cursos causales atípicos de los típicos. Aquellos casos caracterizados

108 Cfr. BGHSt 3, 62; OLG Stuttgart JZ 80, 618.
109 Cfr. LG Karlsruhe NJW 05, 915 (caso *Autobahndrängel*).

por una **constitución anómala de la víctima** muestran cuán difícil puede ser esto último.

Ejemplo 4: A arroja una pequeña piedra a B. Como consecuencia de ello, B sufre un corte insignificante, que, sin embargo, lo lleva a la muerte —porque B es hemofílico—. Aquí es intensamente discutido si se excluye la imputación objetiva[110]. Si bien se puede argumentar —en un ámbito fáctico— que aunque la hemofilia es rara, no es, completamente excepcional[111]; también se puede —como consideración normativa— aducir que cada autor tiene justamente que considerar a la víctima como ella es. Sin embargo, parece más convincente negar la imputación con el argumento de que, por último, en la muerte del hemofílico no se realiza el peligro para la vida de la pedrada, sino más bien el peligro latente para la vida de un hemofílico, que de modo cotidiano está vinculado a la enfermedad[112].

c) Igualmente problemáticos son los casos de la **causalidad psíquica**, en la cual ya la constatación de la causalidad genera dificultades (v. n. m. 220). Tiene que concluirse un rechazo de la imputación, especialmente, respecto a un comportamiento que no sigue los patrones usuales. Pero, en todo caso, el resultado permanece como obra del autor cuando el comportamiento del afectado representa una **reacción razonable**, de acuerdo con la experiencia general de la vida. 292

Ejemplo 5: Para fugar de un grupo de "cabezas rapadas" armados que lo amenazan, un solicitante de asilo salta a través de una puerta de vidrio cerrada, provocándose cortes mortales como consecuencia de ello. El salto es una "reacción plausible y razonable" frente a una amenaza grave y, por eso, el resultado es objetivamente imputable a los "cabezas rapadas"[113].

En estos grupos de casos, nos encontramos con el criterio de adecuación, al que la literatura recurre parcialmente ya en el ámbito de la causalidad (v. n. m. 242 y ss.). Sin embargo, puesto que se trata de un criterio decisi- 293

110 A favor de la imputación: BGH NStZ 08, 686; *Haft*, p. 56; *B. Heinrich*, AT, n. m. 249; *Jescheck/Weigend*, AT, § 28.IV.6; en el resultado, también RGSt 54, 349; en contra de la imputación: *v. Heintschel-Heinegg*, Prüfungstraining, n. m. 205; *Rengier*, Geppert-FS, p. 479, 488 y s.

111 En ese sentido, por ejemplo, *B. Heinrich*, AT, n. m. 249.

112 En ese sentido, por ejemplo, *Rengier*, AT, § 13 n. m. 73.

113 BGHSt 48, 34 (caso *Gubener Verfolgung*); en contra, *Heghmanns*, BT, n. m. 441; en general, sobre los daños como consecuencia de *shocks* en el derecho penal: *Sowada*, Beulke-FS, p. 283.

vo para la delimitación valorativa de los ámbitos de responsabilidad, este aspecto pertenece al ámbito (normativo) de la imputación objetiva[114].

▶ Ejemplo adicional en *Beulke*, Klausurenkurs II, n. m. 193.

8. El grupo de casos referidos a la "relación de contrariedad a un deber"

294 En los delitos imprudentes, la relación de contrariedad a un deber juega un rol decisivo para la afirmación de la imputación objetiva. El riesgo creado por el comportamiento del autor contrario al deber no repercute en el resultado cuando este también se hubiese producido con una probabilidad rayana a la certeza en caso de un **comportamiento alternativo conforme a Derecho**.

Ejemplo 1: A conduce su automóvil a una velocidad elevada a través de una aldea. B, quien se encuentra en estado de ebriedad, tropieza súbitamente frente a su automóvil. B muere como consecuencia del accidente. A tampoco habría podido frenar a tiempo si hubiera conducido a la velocidad permitida. Dado que el riesgo de la conducción veloz no ha repercutido en el resultado, no puede sancionarse a A por el § 222[115].

Ejemplo 2: A, médico, autoriza la salida del paciente P, quien ha sido internado compulsivamente, aunque este todavía muestra claramente una disposición al hecho. P aprovecha la salida para perpetrar un homicidio contra O. Aquí la concesión del permiso de salida infringe las reglas de cuidado porque, durante anteriores salidas, ya se habían producido tentativas de violación. En tal sentido, el médico ha excedido su margen de discrecionalidad (cfr. n. m. 944). Sin embargo, A considera que no debería ser responsabilizado por el § 222, puesto que, en caso de no haber permitido la salida de P, este habría fugado doblando los barrotes en mal estado de la clínica y, de esa manera, habría podido perpetrar el homicidio. Pero esa objeción es irrelevante, pues, por un lado, la causalidad no puede ser puesta en cuestión porque otras causas de reserva pueden ser supuestas (v. n. m. 229); y, por otro lado, el nexo de imputación a A no puede excluirse, por ejemplo, debido a la intervención autorresponsable de un tercero que actúa dolosamente (aquí P). Precisamente, la tarea de A, en el marco del internamiento forzoso, consiste en ocuparse de que P no reincida. En consecuencia, el comportamiento de P está conectado tan específicamente con el peligro originado por la errónea autorización de salida, que aparece como típicamente fundamentado en este peligro (v. n. m. 276). También tiene que afirmarse la relación de contrariedad a deber —como ha manifestado acertada-

114 Exhaustivamente, sobre la problemática general, *Schünemann*, GA 1999, 207 y ss.

115 Cfr. también *Aselmann/Krack*, Jura 99, 254, al respecto, también OLG Hamm NZV 16, 242, con discusión *Eisele*, JuS 16, 80.

mente el BGH[116]—, pues no puede asumirse que O también habría muerto si A no hubiese concedido el permiso de salida.

La opinión dominante pregunta si el resultado era evitable (**teoría de la evitabilidad**). Si se trata de si el resultado se hubiera producido igualmente en caso de un comportamiento alternativo conforme a Derecho, esta opinión recurre al principio ***in dubio pro reo*** ("en caso de duda se debe resolver a favor del acusado", n. m. 1118). Esto significa que no puede imputarse al autor un tal resultado si en la realidad quedan dudas respecto a la evitabilidad, es decir, cuando existen concretos puntos de referencia[117] de que posiblemente se hubiera producido el mismo resultado en caso de un comportamiento conforme al deber. **295**

Ejemplo (según el BGHSt 11, 1, caso *Radfahrer*; v. también n. m. 950 y ss.): El ciclista R muere debido a que L, conductor de un camión con remolque, lo adelanta guardando una escasa distancia lateral. Dado que R (lo que no era perceptible para L) se encontraba bastante ebrio, existen razones para suponer que así L hubiese respetado la distancia de seguridad requerida, R también habría terminado bajo el remolque. Como consecuencia de que aún quedan dudas respecto a la relación de contrariedad al deber, la muerte de R —de acuerdo con la doctrina dominante— no es imputable a L.

Por el contrario, la **teoría del incremento del riesgo** afirma la relación de contrariedad al deber si el comportamiento contrario al deber, comparado con el comportamiento alternativo conforme a Derecho, ha incrementado el riesgo de producción del resultado[118]. Pero aquí se discute, especialmente, sobre el criterio de acuerdo con el cual tiene que determinarse la existencia de un tal incremento del riesgo, cuándo concurre el principio *in dubio pro reo* y a partir de qué grado de incremento del riesgo puede hablarse de que el peligro se ha realizado a través de un incremento de las probabilidades de producción del resultado[119]. **296**

Ejemplo: En una playa del norte, B impide a A lanzarle un flotador a E, quien se está ahogando. Poco después, E se hunde en el agua. Sin embargo, debido a la distancia entre A y E y a la fuerza de la corriente, así como al oleaje, no puede descartarse que E no habría podido alcanzar el flotador, es decir, que se habría ahogado de todos modos. A diferencia de la opinión domi-

116 BGHSt 49, 1 (caso *Psychiatrie*), con discusión a favor, *Neubacher*, Jura 05, 857; *Ogorek*, JA 04, 356; *Roxin*, StV 04, 485; *Saliger*, JZ 04, 977; parcialmente crít., *Pollähne*, JR 04, 429; v., sobre todo, exhaustivamente, *Magnus*, JuS 15, 402 y ss.

117 BGH NJW 10, 1087 (*Bad Reichenhaller Eissporthalle*), con obs. *Kühl* y *Puppe*, JR 10, 355; LG Gießen, SVR 14, 390; *Rengier*, Wolter-FS, p. 199, 208 y ss.

118 Ampliamente, *Valverde*, Wolter-FS, p. 333.

119 *Kaufmann*, Jescheck-FS, p. 279.

nante, los defensores de la teoría del incremento del riesgo aceptan el principio *in dubio pro reo* solo cuando las dudas comprenden hechos que requieren de una aclaración, o sea, que afectan la situación real (en el ejemplo de arriba: la distancia entre A y E). Sin embargo, rechazan considerar a favor del autor aquellas dudas conectadas con el curso causal hipotético del suceso (así, por ejemplo, si las fuerzas de E hubieran bastado para alcanzar el flotador a pesar de la corriente y del oleaje). En casos de duda, los defensores de esa teoría afirman la imputación objetiva del resultado cuando la probabilidad de su producción habría sido menor si el autor hubiese actuado conforme a derecho[120]. Por tal razón, la teoría del incremento del riesgo también considera que, en el caso del *Radfahrer* (n. m. 295), solo el hecho de no respetar la distancia de seguridad constituye un elemento que incrementa el riesgo, el cual es suficiente para imputar a L la muerte de R, a pesar de las dudas respecto al suceso hipotético.

297 Si bien resulta comprensible la preocupación de índole político-criminal de los seguidores de la **teoría del incremento del riesgo**, de acuerdo con la cual la opinión dominante terminaría reduciendo drásticamente la punibilidad de la imprudencia respecto a aquellas situaciones especialmente críticas para el bien jurídico, en las que solo raramente puede comprobarse de forma satisfactoria la evitabilidad (por ejemplo: un error médico); sin embargo, ella debe rechazarse con base en el derecho vigente: al final, termina anulando el principio *in dubio pro reo* con base en diferenciaciones no convincentes y, además, transforma *contra legem* los delitos de lesión en delitos de peligro concreto[121].

Indicación para la solución de casos: En los delitos de comisión dolosa, los requisitos especiales de imputación poseen una menor relevancia práctica que en el ámbito de los delitos imprudentes (cfr., al respecto, n. m. 950 y ss.). La imputación objetiva del resultado no debería abordarse cuando, en los casos de los mencionados delitos dolosos, no exista la menor duda sobre aquella.

120 *Burgstaller*, p. 133 y ss.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 n. m. 37, § 13 n. m. 54 y ss.; cfr., además, HK-GS-M. *Heinrich*, Vorbem. § 13 n. m. 121 y ss.; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 88 y ss.; *el mismo*, AT II, § 31 n. m. 46; SK-*Rudolphi/Stein*, Vor § 13 n. m. 32; *Dehne-Niemann*, GA 2012, 89; *Schmoller*, Wolter-FS, p. 479.

121 Instructivo, al respecto, OLG Koblenz OLGSt § 222 StGB, p. 63, 67; cfr., además, BGHSt 37, 106, 127; BGH NStZ 87, 505; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 14 n. m. 86; *Dencker*, JuS 80, 210, 212; *Jakobs*, AT, 7/98 y ss.; *Koriath*, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, 1994, p. 491; MK-*Hardtung*, § 222 n. m. 52; conciliador, *Küper*, Lackner-FS, p. 247, 282; en contra, *Eisele*, JA 03, 48; *Freund*, AT, § 2 n. m. 49; *Frisch*, Zurechnung, p. 537 y ss.; *Jäger*, AT, n. m. 37; *Murmann*, Grundkurs, § 23 n. m. 109; *Samson*, Lüderssen-FS, p. 587.

En el **caso n.° 6a**, M ha creado un peligro jurídicamente relevante. Queda por decidir si justamente ese peligro se ha realizado en el resultado concreto que se ha producido. Al final, el **peligro** que ha creado M para la vida de T, como consecuencia de la cuchillada, se ha **realizado** en el concreto resultado de muerte (muerte por infección de las heridas). Si bien, en un primer momento, el corte inferido a T no parecía representar un peligro mortal, el desenlace fatal se produjo como consecuencia de la concurrencia de complicaciones. Quien lesiona corporalmente a otro también se responsabiliza, en general, por los otros daños que se desprenden de ello, siempre y cuando estén vinculados al suceso causal previo y no sean completamente atípicos, porque ha incrementado el peligro de su producción de un modo jurídicamente relevante (v. n. m. 289 y s.). No resulta completamente inusual que aquel que ha sido lesionado muera por la infección de sus heridas producidas por los cortes; precisamente, la lesión ha incrementado el riesgo de infección (cfr. RGSt 70, 257, 259). La muerte de T, producida con base en ello, **puede ser objetivamente imputada a M** como obra suya. 298

En el **caso n.° 6b**, tiene que decidirse de forma distinta: aquí un curso **completamente inusual y atípico** del **suceso** ha conducido a la producción del resultado mortal. En el resultado concreto no se ha realizado el peligro creado por M a través del corte con el cuchillo, sino un **riesgo de otra clase**, cuyo surgimiento no muestra ninguna relación objetiva con la acción lesiva de M. El peligro de sufrir un accidente de tráfico —perteneciente al riesgo general de la vida— no ha sido creado ni incrementado de manera relevante por la causación de lesiones producidas por los cortes con el cuchillo (v. n. m. 257, s. y 289). Finalmente, tiene que repararse en que en la intervención de L, que actúa por propia responsabilidad, se interrumpe el nexo de imputación, pues el riesgo de producción de un accidente vial (con consecuencias mortales) camino al hospital no estaba incluido típicamente en el peligro creado por M (v. n. m. 276). Por eso, la muerte accidental de T no tiene que imputarse como "obra suya" a M, quien inflige el corte con el cuchillo, sino al camionero. Es decir, el tipo objetivo del § 212 no se configura, pues falta la imputación objetiva y, entonces, solo puede responsabilizarse a M por la **tentativa de homicidio** cometida por él contra T. 299

En el **caso n.° 6b** la **jurisprudencia** no realizaría consideraciones referidas a la imputación en el marco del tipo objetivo, sino que en la cuestión sobre el dolo (§ 15) asumiría una divergencia esencial entre el curso causal **representado** y el **real**, por lo cual con base en el § 16.I.1 tendría que negarse la imputación subjetiva del resultado concreto. En consecuencia, la jurisprudencia llegaría al mismo resultado final (delito de tentativa de homicidio) (cfr. al respecto n. m. 374 y 376).

En el **caso n.° 6c**, las contribuciones de F (prestar el parapente y ayudar) han resultado causales para el concreto resultado de muerte (*conditio sine qua non*; v. n. m. 244). Sin embargo, no se puede imputar objetivamente a F la muerte de V, puesto que aquel no ha creado ningún peligro jurídicamente relevante para la vida de este. Por el contrario, V ha provocado ese peligro de muerte por sí mismo y de forma **libremente responsable** (v. n. m. 259 y ss.). No se observan indicios de la ausencia de una autorresponsabilidad por su decisión de tomar el vuelo, ni con base en los criterios de la teoría del consentimiento, ni en los de la teoría de la exculpación (v. n. m. 265 y s.). Puesto que F aclaró completamente a V los riesgos del vuelo —pese a la experiencia de F—, tam- 300

poco puede partirse de un conocimiento superior del riesgo de parte de F ante V (v. n. m. 269). Por consiguiente, la muerte de V solo puede imputarse a su propio ámbito de responsabilidad y no al de F. En consecuencia, F no puede ser sancionado.

301 En el **caso n.° 6d**, A ha causado la muerte de N. Pero este resultado no se le puede imputar objetivamente, pues el peligro creado no se ha realizado en ese resultado. Esto se sigue, por un lado, del hecho de que el límite de velocidad debe proteger frente a accidentes que provienen de los peligros inherentes a una elevada velocidad (por ejemplo, una distancia de frenado más larga). Sin embargo, no está abarcado por el **fin de protección** de tal límite (cfr. *Roxin*, AT I, § 24 n. m. 42 y s.; sobre la imputabilidad de daños producidos por *shocks* en el derecho penal, v. *Sowada*, Beulke-FS, p. 283; acerca de la ausencia de una relación con el fin de protección, v. n. m. 254) que aquellos no intervinientes —especialmente aquellos que carecen de una relación cercana con la víctima del accidente— sufran un *shock* mortal. Por otro lado, el peligro creado por A no se realiza en el daño producido por el *shock* que sufre N porque se encuentra al margen de toda probabilidad que el simple testigo de un accidente, sin relación emocional con la víctima, sufra un *shock* con consecuencias mortales. Es decir, también se trata de un curso causal completamente **atípico**, que excluye la imputación (v. n. m. 289).

Jurisprudencia actual sobre el § 6:

— BGH NJW 16, 176 (caso *GBL*), con discusión, *Bosch*, Jura 16, 450: Quien permite, en principio, el consumo del producto de limpieza GBL, peligroso para la vida como estupefaciente, pero indica ese peligro para la vida, no comete un homicidio imprudente (§ 222) por medio de un hacer activo si otro toma ese producto y, como consecuencia de ello, cae en coma y muere, porque aquí se trata solo de una cooperación en una autopuesta en peligro ajena; cfr. n. m. 260 y ss.; respecto al homicidio por medio de una omisión (§§ 211, ss. y 13), v., sin embargo, n. m. 1024.

— BGH NJW 14, 1680 (caso *Substitution*); BGH StV 14, 601(caso *Schmerzpflaster II*): Autopuesta en peligro por libre responsabilidad y, por eso, no hay punibilidad por el § 222 en caso de una acertada valoración del riesgo y una capacidad de decisión del lesionado; cfr. n. m. 263 y 271.

— OLG Stuttgart JR 12, 163 (caso *Kraftprobe*): Falta de imputación objetiva en caso de una autopuesta en peligro a través de una maniobra de adelantamiento consciente, a pesar de la provocación de otro conductor de automóvil; cfr. n. m. 263.

— OLG Celle StV 13, 27 (caso *Autorennen II*): No hay una autopuesta en peligro no punible, sino una puesta en peligro ajena punible, en caso del homi-

cidio de un pasajero en el marco de una carrera ilegal de autos espontánea; n. m. 263 y 268.

— BGH NStZ 13, 238 (*Amoklauf von Winnenden*): Punibilidad del padre por homicidio imprudente cuando el hijo utiliza el arma, que se encuentra a libre disposición en el domicilio, para cometer homicidios dolosos; imputación objetiva, a pesar de la intervención de un tercero que actúa dolosamente; cfr. n. m. 277.

§ 7. El tipo subjetivo de injusto. Dolo típico, error de tipo e imputación subjetiva

Caso n.° 7

a) Mientras la población se encuentra reunida en una fiesta popular, E, propietario de un granero, le prende fuego a este para cobrar la suma del seguro contra incendios y salvarse del persistente rumor de que estaría "en la ruina financiera". Sin embargo, no se entrega con posterioridad un reporte de daños a la aseguradora. **302**

El vagabundo L, quien anteriormente pernoctó algunas veces en el granero con el conocimiento de E, ese día se había retirado temprano y completamente ebrio de la mencionada festividad, por lo que muere entre las llamas. ¿Ha matado E a L dolosamente si él era consciente o, por lo menos, contaba con que L se encontraba en el granero al momento de los hechos? (**n. m. 312, 318, 322, 339**).

b) El cazador W ha jurado venganza al guardabosque F y lo acecha frente a su cabaña. Allí W dispara contra J, quien había quedado en encontrarse con F y que es confundido con este debido a la oscuridad del crepúsculo. ¿Cuáles son las consecuencias jurídicas del error de W? (**n. m. 363**).

c) ¿Cambia la solución si W ha disparado fallidamente contra F, pero la bala atraviesa la ventana de la cabaña y lesiona mortalmente a J, quien se encontraba sentado a la mesa? (**n. m. 368**).

d) ¿Cuál sería la situación en caso de que W hubiera disparado contra F al borde del lago, lo hubiera dado por muerto y hundido el supuesto cadáver, si la muerte de F, quien solo se encontraba inconsciente, recién se produce con su ahogamiento, teniendo en cuenta que si W no hubiera hundido a F en el lago, este hubiera muerto como consecuencia de las lesiones producidas por el disparo? (**n. m. 383**).

I. Los elementos del tipo subjetivo del injusto

El tipo subjetivo de injusto del delito comisivo doloso se compone de dos elementos: el dolo típico, el cual es propio de todo delito doloso, y, dado el **303**

caso —de acuerdo con el tipo penal respectivo—, los elementos subjetivos adicionales.

1. El dolo típico

304 **a)** En los delitos dolosos, el **dolo típico** determina la orientación y la finalidad del comportamiento. En tanto parte esencial del injusto personal de la acción, aquel constituye la característica general del tipo subjetivo del injusto y el fundamento para la **imputación subjetiva** del resultado típico[1]. Cuando un comportamiento imprudente no esté sancionado explícitamente con una pena en la ley, solo será punible el comportamiento doloso (§ 15).

305 **b)** Sin embargo, no puede buscarse el concepto de dolo en el StGB alemán. En el § 16 el legislador solo se ocupa de otro aspecto del dolo, es decir, del error sobre las circunstancias del hecho pertenecientes al tipo legal y de la suposición errónea de elementos típicos atenuantes. Por el contrario, el § 16 no prevé los requisitos concretos del dolo.

En cambio, el Código Penal suizo dispone en su art. 12 que "[comete] [d]olosamente [...] un crimen o una falta quien ejecuta el hecho con conocimiento y voluntad. Actúa ya dolosamente quien considera posible y acepta la realización del hecho". También el Código Penal austríaco contiene en su art. 5 una definición de acuerdo con la cual "actúa [d]olosamente quien quiere realizar un suceso que corresponde a un hecho previsto en la ley; para ello basta con que el autor considere seriamente esa realización como posible y se conforme con ello".

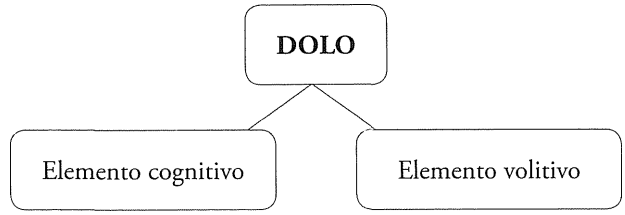
306 En ese sentido, para la opinión dominante en Alemania, el dolo constituye la **voluntad de realización de un tipo penal con el conocimiento de todas sus circunstancias fácticas**[2]. Aunque la fórmula abreviada "saber y querer la realización del tipo", frecuentemente utilizada, posee desde una perspectiva lingüística una menor precisión, ella es más o menos equivalente desde un punto de vista material. Esencial para todas las descripciones es que el dolo típico contenga un **elemento volitivo** y un **elemento cognitivo**[3].

1 En general respecto al ámbito subjetivo del hecho: *Meliá*, Wolter-FS, p. 293.

2 Instructivo BGHSt 19, 295, 298.

3 BGHSt 36, 1, 10; 51, 100, 119 (caso *Kanther*); 52, 182, 189 s; BGH NStZ 13, 159 (caso *Brandbeschleuniger*); BGH ZIP 13, 1382; *Bung*, p. 2; 127 y ss.; 270; Matt/Renzikowski-*Gaede*, § 15 n. m. 22; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 152; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 12, 976; crít. *Freund*, AT, § 7 n. m. 41; *Grünewald*, p. 153; *Henn*, JA 08, 699; *Ransiek/Hüls*, NStZ 11, 678; S/S/W-StGB-*Momsen*, §§ 15, 16 n. m. 7; sobre la aplicación en la resolución de los exámenes cfr. *Putzke*, Jura 09, 147, 148; *Rönnau*, JuS 10, 675.

Gráfico 1:



A diferencia de la jurisprudencia y de la literatura dominante, una parte de la doctrina quiere defender un concepto de dolo independiente de un elemento volitivo[4]. **307**

Aunque el StGB —a diferencia del claro texto legal suizo y austríaco— no se opone ya de entrada a una tal posición, sin embargo, al final esta no resulta convincente. **No es posible renunciar** al **elemento volitivo** porque, de otro modo, no se podría llevar a cabo una adecuada distinción entre dolo eventual e imprudencia consciente. Una persona puede representarse la producción de la lesión de un bien jurídico como posible consecuencia de su comportamiento, sin querer esa consecuencia. Quien confía firmemente en que todo irá bien y que logrará evitar producir un daño a otros, no quiere el resultado —aunque este se produzca al final, contra sus expectativas—. La diferencia decisiva entre un autor doloso y un autor imprudente estriba en que solo el primero toma una decisión consciente contra el bien jurídico protegido. En la definición del dolo, el "querer" no expresa otra cosa que este acto de la "elección"[5]. Solo el hecho de que la producción del resultado **sea considerada como posible** —sin una decisión contra el bien jurídico protegido— no es suficiente para afirmar que un comportamiento se lleva a cabo con dolo eventual. De otro modo, el ámbito de punibilidad por una comisión dolosa del hecho también resultaría al final **excesivamente** ampliada (cfr., al respecto, también n. m. 325 y ss.)[6]. **308**

c) De acuerdo con el claro texto del § 16, el dolo típico tiene que existir **durante la "comisión del hecho"**, cuyo momento está determinado por el § 8. Es decir, solo resulta decisivo el momento en el que se ejecuta la acción típica; cuando se produce el resultado es, en cambio, irrelevante (**principio de coincidencia o simultaneidad**)[7]. **309**

4 En tal sentido, entre otros, *Freund*, AT, § 7 n. m. 61; *el mismo*, Küper-FS, p. 63; *Frisch*, Vorsatz, p. 255 y ss.; *Frister*, AT, 11. Cap., n. m. 25; *Herzberg*, BGH-Wiss-FS, p. 51; *Kindhäuser*, AT, § 14 n. m. 15 y ss., 29; *Lesch*, JA 97, 802; NK-*Puppe*, § 15 n. m. 23 y ss.; *Schlehofer*, NJW 89, 2017.

5 V. *Otto*, Grundkurs AT, § 7 n. m. 26; *Satzger*, Jura 08, 112, 115 s.

6 Más detalladamente, acerca de toda la problemática, *Brammsen*, JZ 89, 71; *Jakobs*, RW 10, 283; *el mismo*, Zurechung, p. 53 y ss.; *Küper*, GA 1987, 479; *Küpper*, ZStW 100 [1988], 758; *Otto*, Jura 96, 468; *Prittwitz*, StV 89, 123.

7 BGH NStZ 04, 386; SK-*Hoyer*, § 8 n. m. 3; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 12, 976, 979; acerca del principio de coincidencia, *Streng*, FS-Beulke p. 313.

310 De ello, se sigue que el conocimiento adquirido con posterioridad (denominado *dolus subsequens*) no perjudica al autor que al momento del hecho carecía de él o actuó de buena fe. Por otro lado, el autor no se libera si renuncia a la voluntad de realización entre la culminación de la acción y la producción del resultado. En tal sentido, por ejemplo, no desaparece la punibilidad por el delito de injuria dolosa consumada (§ 185) si, tras el envío de la carta injuriosa, el autor se ha esforzado vanamente en impedir que ella sea entregada al destinatario[8].

311 Tampoco existe una coincidencia entre el comportamiento típico y el dolo cuando, a pesar de que en algún momento el agente tuvo dolo de realización del delito este, sin embargo, al momento del hecho, ya no existía (denominado *dolus antecedens*)[9]. Por ejemplo, A, quien se dirige donde X para matarlo, no comete homicidio doloso si, antes de llegar al domicilio de este, renuncia al plan homicida, pero poco después atropella a X, a quien no ve cruzando la calle, como consecuencia de lo cual este muere.

2. Otros elementos subjetivos

312 Al dolo se añade frecuentemente, de acuerdo con el respectivo precepto penal en particular, los **elementos subjetivos especiales del tipo**, los cuales — como, por ejemplo, el *ánimo de apropiación* en el hurto (§ 242)[10] o el *ánimo de lucro* en la estafa (§ 263)[11]— caracterizan el desvalor del comportamiento típico y codeterminan de esa manera el injusto de la acción. De acuerdo con la opinión general, los elementos subjetivos del injusto de esa clase son parte del tipo subjetivo del injusto. En tanto elementos de carácter autónomo, ellos se encuentran de forma independiente junto al dolo típico.

En el **caso n.° 7a**, E ha configurado, al mismo tiempo, el delito de incendio (§§ 306 ss.) y el tipo objetivo de la estafa de seguros (§ 265). Además del **dolo típico**, al tipo subjetivo del § 265 pertenece, como elemento subjetivo del tipo independiente, la **intención** ("para") existente en E de **obtener prestaciones del seguro para sí o para un tercero**. Puesto que ello no llegó ser incluido en un reporte de daños a la aseguradora, se excluye una estafa, según los § 263 I, III.2 Nr 5, en perjuicio de ella. Aquí tampoco se configura una tentativa de estafa (cfr. n. m. 859).

8 Instructivo, al respecto: RGSt 57, 193; cfr. también *Herzberg*, Oehler-FS, p. 163.

9 BGH NStZ 10, 503 (caso *Zündholz*); más detalladamente, *Jäger*, AT, n. m. 73 s.; *Satzger*, Jura 08, 112, 118.

10 Cfr., al respecto, BGH NStZ 12, 627 con obs. *Hecker*, JuS 13, 468 y *Jäger*, JA 12, 709; BGH StV 13, 435, 437; *Kudlich/Oğlakcıoğlu*, JA 12, 321.

11 Al respecto, *Wittig*, JA 13, 401.

3. La relación con el tipo objetivo

a) De acuerdo con lo ya señalado, no en todos los delitos tipo objetivo y subjetivo coinciden en el sentido de que el tipo subjetivo representa siempre el reflejo exacto del tipo objetivo en el ámbito interno del autor. Cuando el tipo exige "elementos subjetivos adicionales" (n. m. 312), estos se encuentran junto al dolo típico, es decir, son adicionales a este, de modo que en el tipo subjetivo se exige más que el tipo objetivo. Aquí se habla ilustrativamente de tipos con **tendencia interna trascendente**. 313

b) Además de aquella, existen otras excepciones a la exigencia genérica de que el **tipo objetivo de injusto** y el **dolo típico** tienen que ser coincidentes (pues, según el § 16.I.1, se excluye el dolo cuando este no comprende **todas** las circunstancias del tipo objetivo)[12]. En tal sentido, en algunos casos y con base en la *ratio legis*, la opinión dominante impone exigencias **adicionales** al dolo, las cuales exceden el mencionado mínimo de coincidencia con el tipo objetivo del injusto. Así, en el ámbito de la participación, para el tipo objetivo de una instigación (§ 26) o complicidad (§ 27), basta que el hecho principal que viene en consideración (como, por ejemplo, un hurto, robo o estafa) **alcance** la **etapa de una tentativa amenazada con una pena**. Sin embargo, en el ámbito subjetivo, la afirmación del dolo del instigador o del cómplice depende de que la representación y voluntad del partícipe (más allá de lo objetivamente alcanzado) estuvieran orientadas **a la consumación** del hecho principal a través del autor (cfr. n. m. 819, 832). 314

También son posibles excepciones con otra dirección a la exigencia de congruencia, es decir, en el sentido de que es posible que el tipo subjetivo pueda quedar rezagado respecto a las exigencias objetivas de un tipo. En tal sentido —como ya se ha visto—, algunos tipos penales contienen las denominadas "**condiciones objetivas de punibilidad**". Es decir, la sanción de un autor se hace depender de la concurrencia de una condición que es independiente del conocimiento y voluntad del autor (v. n. m. 206)[13]. 315

12 Discrepante es la postura de *Tsai*, Frisch-FS, p. 281, quien considera la congruencia como cuestión que debe comprobarse de modo independiente.

13 V., al respecto, solo *Satzger*, Jura 08, 112, 120.

II. Las formas de manifestación del dolo típico

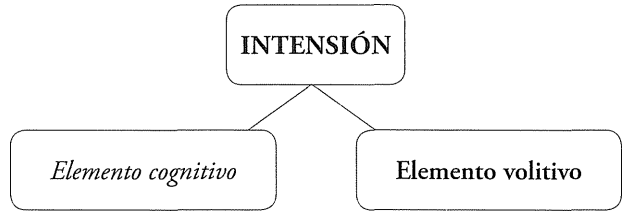
316 Dependiendo de la intensidad de los elementos volitivo y cognitivo, pueden distinguirse entre tres formas de manifestación del dolo típico: la **intención**, el **dolo directo** y el **dolo eventual**.

Sin embargo, de modo general puede decirse que cada una de estas tres formas de dolo basta para fundamentar un comportamiento "doloso" en el sentido del § 15, de modo que también en los exámenes tipo clausura una exacta determinación de la forma del dolo puede no tener lugar. Solo cuando el tipo penal exija una forma más intensa de dolo (en el sentido de un actuar a sabiendas o con intención), como, por ejemplo, el § 226.II StGB, tiene que discutirse sobre la intensidad del dolo de forma más detallada, v. también n. m. 338.

1. La intención como forma del dolo

317 Existe **intención** (como forma intensificada del dolo directo, también llamado *dolus directus* de primer grado) cuando el autor, precisamente, **quiere** provocar la producción del resultado típico o realizar el elemento para el cual la ley requiere una actuación intencionada[14]. Aquí predomina el elemento volitivo, solo se exige un mínimo del elemento cognitivo.

Gráfico 2:



318 Como intención tiene que entenderse la **voluntad de un resultado dirigida a un fin**, la que, al mismo tiempo, puede ser móvil (motivo) del comportamiento, pero sin ser obligatoriamente idéntica a este. De ahí que conceptualmente haya que distinguir entre la representación del objetivo por parte del autor y el móvil o motivo de su comportamiento[15].

14 Cfr. BGHSt 16, 1 (caso *Fahrkarten*); 18, 246.

15 Acertadamente, BGH GA 1985, 321.

En el **caso n.° 7a**, la intención de E estaba orientada a incendiar el granero y a la obtención de la suma del seguro. Esta era la **finalidad**, pero no el **móvil** de su comportamiento. El móvil (motivo) para el hecho fue el deseo de E de salvar su honor supuestamente mancillado y librarse del rumor de que él estaría "financieramente en la ruina".

El resultado deseado no tiene que ser el objetivo final del autor; basta con que este quiera alcanzarlo como **objetivo inmediato** que ayuda a conseguir el objetivo final. 319

En el **caso n.° 7a**, E no solo tuvo la intención de obtener la suma del seguro (objetivo final), sino también de incendiar el granero (objetivo intermedio), pues solo de esa forma podía conseguirse el resultado final deseado por él.

Si el autor quiere producir el resultado, entonces, resulta irrelevante si se representa la realización del tipo **como segura** o **solo como posible**. Como se ha señalado acertadamente en BGHSt 21, 283, un resultado que el autor quiere producir mediante su comportamiento es siempre también intencional, sin importar si él "considera esa realización como segura o solo posible, si él la desea o si interiormente la lamenta". En caso de incertidumbre de la producción del resultado, solo es necesario que, en general, el autor se atribuya la posibilidad de influir en el suceso real. 320

La ley utiliza el término "intención" o la expresión equivalente "para" de forma distinta, por lo cual hay que averiguar el correspondiente significado en cada caso concreto mediante la interpretación[16]. 321

Las **intenciones especiales** mencionadas en los preceptos penales individuales (como, por ejemplo, el ánimo de apropiación en el § 242 o el ánimo de lucro en los §§ 253, 259, 263) no son idénticas a la intención como **forma del dolo**. Aquellas constituyen elementos subjetivos del tipo con **carácter independiente**. Sin embargo, respecto a la representación del objetivo, se trata a ambas formas de intención de manera homogénea[17].

Siempre hay que preguntarse a qué tiene que dirigirse concretamente la intención. En tal sentido, por ejemplo, la "intención" mencionada en el § 242 solo necesita referirse al elemento de la apropiación en el marco de la apropiación de una cosa ajena; por el con-

16 Cfr. BGHSt 9, 142; 13, 219; 41, 358 con discusión, *Mitsch*, JuS 97, 788; en profundidad, *Witzigmann*, JA 09, 488.

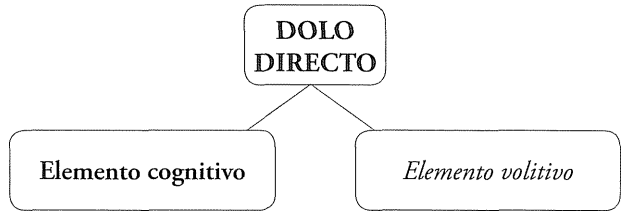
17 Cfr. BGH NStZ 92, 540.

trario, respecto a la sustracción, así como a la antijuridicidad objetiva de la apropiación a la que se aspira, basta con el dolo simple (*dolus directus* o *dolus eventualis*)[18].

2. El dolo directo

322 El ***dolo directo*** (*dolus directus*, también llamado dolo directo de segundo grado) tiene que afirmarse cuando el autor **sabe o prevé como algo seguro** que su comportamiento conducirá a la realización del tipo legal. En esta forma del dolo, predomina el elemento cognitivo.

Gráfico 3:



Quien pese a ese conocimiento o previsión actúa voluntariamente, acoge en su voluntad de realización todo aquello que él se representa como la **consecuencia necesaria y segura** de su comportamiento. Es posible que, para él, la producción de esa consecuencia también resulte "en sí indeseada"[19].

En el **caso n.° 7a**, tiene que afirmarse el dolo directo de homicidio si, al iniciar el fuego, E **sabía** que L se encontraba en el granero, pues, entonces, E previó la muerte de L como consecuencia segura del hecho de producir el incendio.

3. El dolo eventual

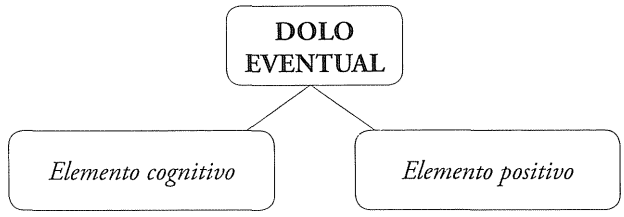
323 **a)** Existe **dolo eventual** (*dolus eventualis*) cuando el autor considera **seriamente la posibilidad** de que su comportamiento conduzca a la realización del tipo legal **y se conforma con ello**. Este dolo se distingue de las otras formas de dolo en que tanto el aspecto cognitivo como el aspecto volitivo concurren solo débilmente[20].

18 RGSt 55, 257; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 164 y 203.

19 Cfr. BGHSt 21, 283; *Maurach/Zipf*, AT/1, § 22 n. m. 15.

20 Respecto a la cuestión acerca de si el dolo eventual se trata de un concepto fáctico o jurídico, cfr. *Leitmeier*, HRRS 16, 243.

Gráfico 4



324

El **dolo eventual** también es llamado "**dolo condicionado**". Esta denominación —completamente usual— no tiene que ser malentendida. También aquel que actúa solo con dolo eventual tiene que estar firmemente decidido al hecho, pues quien se encuentra internamente indeciso carece aún de dolo[21]. Esto solo es distinto cuando el autor hace depender la ejecución de la concurrencia de determinadas circunstancias independientes de su voluntad, entonces, existe una decisión al hecho necesariamente firme respecto al dolo, pero dependiente de ciertas condiciones objetivas (por ejemplo: A está decidido a matar a O, a quien mantiene cautiva, si ella grita)[22].

325

b) Se discute ampliamente la forma en la que puede distinguirse el **dolo eventual** y la **imprudencia consciente** (denominada *luxuria*; cfr. n. m. 392). El límite entre ambos grupos de casos es muy estrecho. Además, en los dos casos **el autor cuenta con la posibilidad** de que concurran las circunstancias mencionadas en la ley y que su comportamiento influya en la producción del resultado típico. La diferencia radica únicamente en que, en el *dolus eventualis*, el autor acepta y **se conforma con el riesgo de la realización del tipo**, mientras que, en un comportamiento mediante imprudencia consciente, aquel **confía** en la no concurrencia de la circunstancia fáctica en cuestión o en la **no concurrencia del resultado**.

326

Según la **teoría de la posibilidad**, tiene que afirmarse el **dolo eventual** cuando el autor se representa la **posibilidad concreta** de la lesión del bien jurídico y, a pesar de ello, actuó (v. n. m. 308)[23]. Hay que rechazar esta opinión, pues ella extiende excesivamente el dolo sobre el ámbito de la imprudencia consciente y, además, se basa en la ficción de que, en el mantenimiento de la decisión al hecho, tendría que verse forzosamente una decisión a la lesión del bien jurídico reconocida como posible. La teoría de la posibilidad no comprende, sobre todo, que en el dolo no solo se trata del conocimiento, sino **también de la voluntad** y que no pue-

21 RGSt 70, 201.

22 Cfr. BGHSt 5, 149, 152; 21, 14, 17.

23 LG Potsdam Blutalkohol 04, 540; v. también *Frister*, AT, 11. Cap., n. m. 24; *Jakobs*, AT, 8/21; *Kindhäuser*, LPK, § 15 n. m. 119; R. *Schmidt*, AT, n. m. 238 y ss.

de dar lo mismo cuál consideración ha determinado al autor a sostener la decisión a actuar (la aceptación consciente del riesgo del resultado o la confianza en poder evitar el resultado inminente). El conductor de un auto que quiere llegar puntualmente al trabajo y, por eso, adelanta a un camión en una carretera estrecha durante la hora punta y con una neblina densa y, como consecuencia de ello, lesiona mortalmente al conductor de una bicicleta o moto que viene en sentido contrario, se ha representado sin duda la **posibilidad concreta** (peligro) de esa colisión; cualquier otra interpretación resultaría ajena a la realidad. No obstante, sería incorrecto reinterpretar su manifiesta imprudencia como un dolo de lesión y sancionarlo (a excepción del § 315.c) por homicidio doloso, en lugar de homicidio imprudente porque él habría "actuado a pesar de todo" y porque se habría involucrado en la maniobra arriesgada de adelantamiento.

327 Notablemente más limitada que la teoría de la posibilidad es la **teoría de la probabilidad**, la cual afirma el **dolo eventual** cuando el autor **se ha representado como probable** la lesión del bien jurídico. Aquí probable debe significar más que "posible" y menos que "predominantemente probable"[24]. También esta teoría yerra, pues no es capaz de lograr una clara demarcación —¿cómo puede determinarse lo que es más que "posible" y menos que "predominantemente probable"?—. En todo caso, el grado de probabilidad puede constituir un indicio para la aceptación de las consecuencias del hecho.

328 Tampoco la **teoría de la indiferencia**, que considera existente el **dolo eventual** cuando el autor ha aceptado la realización del tipo **como consecuencia de su indiferencia** ante el bien jurídico protegido[25], resulta satisfactoria. Ella resulta demasiado parcializada y limitada, pues, bajo la perspectiva del desvalor de la actitud interna, solo se abarca una **parte** del problema.

329 La literatura dominante acepta acertadamente el **dolo eventual** cuando el autor no abandona la ejecución del hecho pese a la posibilidad cercana de producción del resultado y su comportamiento justifica la conclusión de que se ha **conformado con el riesgo de la realización del tipo**, en el marco del objetivo al que él aspira, es decir, que estaba más dispuesto a aceptar esta consecuencia que a renunciar a ejecutar la acción. Su actitud interna respecto al hecho puede graficarse mediante la expresión "**qué más da**".

330 Por el contrario, solo puede afirmarse una (mera) ***imprudencia consciente*** cuando el autor *confiaba* firmemente en que lograría **evitar** la producción del inminente resultado y la realización del tipo legal. Característico de ello es que el autor se representa la situación en el sentido de que "**todo irá bien**".

331 Respecto a los comportamientos de los que surgen peligros para otros, el dolo eventual puede determinarse del siguiente modo: en primer lugar, el autor

24 *H. Mayer*, Strafrecht AT, 1967, p. 121.

25 *Engisch*, NJW 55, 1688; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 84; *Schroth*, JR 03, 250.

tiene que haberse **representado** el inminente y concreto peligro de lesión de un bien jurídico; en segundo lugar, tiene que haber **considerado seriamente ese peligro**; y, en tercer lugar, tiene que haberse **conformado** con el riesgo de realización del tipo. Quien acepta de ese modo el peligro que él mismo ha reconocido hace de la posibilidad de realización de aquel el fundamento de su decisión al hecho y, con ello, la incluye en su **voluntad de realización**[26].

Lo mismo vale, por lo menos en cuanto al sentido, cuando la configuración del tipo respectivo no depende de un inminente resultado lesivo, sino de la existencia de circunstancias actuales (como, por ejemplo, la ajenidad de la cosa en el § 246 o la edad de la víctima en las acciones de naturaleza sexual en el ámbito del § 176): el autor tiene que haber considerado la existencia de la respectiva circunstancia fáctica, tiene que haber tomado en serio la posibilidad de realización del tipo de ahí resultante y, por lo menos, haberse conformado con ella. Por último, esto no tiene mucho que ver con el "querer"[27]. **332**

En cuando a los resultados, la literatura dominante coincide, en lo esencial, con la **teoría del consentimiento** o **aprobación** defendida por la jurisprudencia. Esta teoría exige del autor que actúa con dolo eventual que haya "**aprobado**" o "**aceptado**" el resultado considerado como posible[28]. De acuerdo con el BGHSt 7, 363 (caso *Lederriemen*), debe afirmarse una aceptación "en sentido jurídico", incluso, también si el resultado es altamente indeseado para el autor, pero este se ha **conformado** con él[29]. Recién en caso de **indiferencia** ante la causación del resultado, podría concluirse una aprobación[30]. **333**

26 Más detalladamente, sobre todos los temas, *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 III 3; MK-*Joecks*, § 16 n. m. 30 y ss.; *Köhler*, Hirsch-FS, p. 65, 77; *Küpper*, ZStW 100 [1988], 758; NK-*Puppe*, § 15 n. m. 14 y ss.; *Roxin*, AT I, § 12 n. m. 21 y ss.; *Schlehofer*, Vorsatz p. 32 y ss., 55; *Schünemann*, Hirsch-FS, p. 363; *Toepel*, Paeffgen-FS, p. 177; para una vista general sobre las distintas teorías en *Fahl*, Jura 95, 654; *Hillenkamp*, AT, p. 1; *Meurer*, AT, p. 89 y ss.

27 V., al respecto, *Satzger*, Jura 08, 112, 113.

28 RGSt 76, 115; BGHSt 36, 1; 44, 99 con obs. *Roxin*, NStZ 98, 616; BGHSt 51, 18 (caso *Kochsalz*); BGH wistra 00, 177; BGH NStZ-RR 15, 91; BGH ZIP 13, 1382; BGH NZV 05, 538 (caso *Autobahn-Spurwechsel*); BGH NVZ 14, 400 (respecto al dolo en la embriaguez en el tráfico); *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 20 n. m. 53; *Maurach/Zipf*, AT/1, § 22 n. m. 36.

29 Igualmente, en el resultado: BGH JR 99, 205, 207; BGH NStZ 07, 700 y NStZ 07, 704; cfr. también BGH NStZ 12, 160, BGH HRRS 16 Nr 256; BGH NStZ-RR 15, 109 (respecto a la menor capacidad cognitiva del autor) y OLG Braunschweig, NStZ 13, 593, 595 (caso *Spenderorgan);* exhaustivamente, sobre la discusión, *Rissing-van Saan,* NStZ 14, 233; crít. *Pérez-Barberá*, GA 13, 454; instructivo, al respecto, *Roxin*, AT I, § 12 n. m. 39; *Wolters*, [1] S. 20; crít. *Schlehofer*, Vorsatz, p. 165 y ss.; SK-*Rudolphi/Stein*, § 16 n. m. 27.

30 BGHSt 50, 1, 6; BGH NStZ-RR 07, 43; *Jakobs*, RW 10, 283, 306 y ss.; discrepante, *Kindhäuser*, Eser-FS, p. 345; más moderadamente, también BayObLG JR 03, 428, con observaciones a favor *Freund/Klapp*.

334 c) Junto a la dogmáticamente difícil distinción entre la imprudencia consciente y el **dolo eventual**, también la **acreditación probatoria en el proceso penal** genera en ocasiones algunos problemas. Tiene que distinguirse claramente entre los requisitos jurídico-materiales y los principios de la valoración probatoria del ámbito procesal (§ 261 StPO)[31]. En especial, las dificultades probatorias no pueden superarse a través de un desplazamiento fáctico de las exigencias del dolo.

335 Sin embargo, la jurisprudencia ha mostrado parcialmente esas tendencias en el ámbito de los delitos de homicidio. El trasfondo de ello lo constituye la denominada "**teoría del nivel de la inhibición**" del BGH. Este postula hasta ahora en su jurisprudencia consolidada —por ejemplo, en la famosa **sentencia del sida**[32]— un nivel especialmente alto para la constitución de un dolo de homicidio[33], para contrarrestar la demasiado rápida afirmación de la comisión dolosa del hecho a través de los tribunales. En la praxis, esto llevó muchas veces a que, en casos límite, el dolo de homicidio sea negado con una referencia general a ese nivel y no con base en una valoración probatoria cuidadosa y amplia.

336 De acuerdo con parte de las intensas críticas realizadas en la literatura[34], la 4.ª Sala Penal, mediante una decisión emblemática del 22 de marzo del 2012, ha **limitado ostensiblemente** el contenido de la "teoría del nivel de inhibición" y ha dejado claro que ella tendría que entenderse como mera referencia al principio de la libre valoración judicial de la prueba[35]. Por consiguiente, en los delitos de homicidio, el BGH no permite, por ejem-

31 Más detalladamente, BGHSt 38, 345; 46, 30, 35; 46, 53, 59; 56; 277; BGH NStZ 12, 384; BGH StV 15,300; en profundidad, *Koriath*, Loos-FS, p. 103; *Mylonopoulos*, Frisch-FS, p. 349; v. también AnwK-StGB-*Schaefer*, § 15 n. m. 40 y ss.

32 BGHSt 36, 1; al respecto, *Frisch*, Meyer-GS, p. 533; *Puppe*, AT, § 9 n. m. 16 y ss.; v. también *Canestrari*, GA 2004, 210.

33 BGH NStZ 83, 407 (caso *Vollgas*); NStZ 83, 365 (*Aufhängespiel nach Art des russischen Roulettes*); NStZ 04, 330 (caso *Strangulation*); NStZ 05, 629 con obs. *Schneider* (caso *U-Bahn-Schacht*), NStZ 06, 98 y 169; BGH NStZ-RR 12, 46; (casos del *Messerstich*); NStZ 06, 444 (caso *Karolina*); BGH NStZ 09, 264 (caso *Babyschüttel*).

34 *Geppert*, Jura 01, 55, 59; *Puppe*, GA 2006, 65; *Rissing-van Saan*, Geppert-FS, p. 497; *Verrel*, NStZ 04, 309.

35 BGHSt 57, 183, 186; cfr. también BGHSt 49, 166 (caso *Sado-Maso*); 56, 277 (caso *Schönheitsoperations*) con obs. *Kudlich*, NJW 11, 2856; *Beckemper*, ZJS 12, 132 y *Sternberg-Lieben/Reichmann*, MedR 12, 97; BGH NStZ 01, 475 con obs. *Trüg*, JA 02, 102; BGH NStZ 11, 158; a favor MK-*Schneider*, § 212 n. m. 6 y ss.; BGH NStZ 15, 216.

plo, una actuación probatoria disminuida a favor del imputado. El juez no puede evaluar el valor probatorio de la peligrosidad evidente de una acción para la vida tan escasamente que se renuncie a una detallada valoración de indicios probatorios adicionales[36]. Más bien, el BGH exige —muy por el contrario— una comprobación especialmente precisa de la mano de una **perspectiva total de todas las circunstancias objetivas y subjetivas relevantes del hecho**[37]. Naturalmente, la aceptación de un nivel de inhibición puede contar al mismo tiempo como indicio, en la medida de que esto sea sugerido en el caso individual[38]. Además de ello, es posible valorar una circunstancia objetiva del hecho como indicio para el ámbito subjetivo del hecho. En ese sentido, por lo general, hay que negar la confianza en la no producción del resultado mortal como consecuencia de acciones violentas extremadamente peligrosas, cuando, a causa del curso del hecho que se ha representado, el desenlace mortal es tan próximo "que solo la buena fortuna puede impedirlo" (por ejemplo, en el caso de una puñalada en el corazón)[39]. Pero este (fuerte) efecto indiciario retrocede cuando, en el ámbito de la valoración probatoria, se revelen los factores exculpatorios en la concreta situación fáctica (por ejemplo, un delito pasional)[40]. Pero, al final, lo decisivo es siempre el concreto caso individual.

Ejemplos: **337**

En el caso *Gullydeckel*[41], el autor arrojó violentamente una tapa de sumidero de por lo menos 20 kg desde la altura del pecho contra la cabeza de la víctima tendida en el suelo. De forma acertada, el LG manifestó que de la peligrosidad para la vida de este comportamiento no se podía concluir aún un dolo eventual de homicidio. La

36 BGHSt 57, 183, 186.

37 A favor: *Schroth*, Widmaier-FS, p. 779; *Steinberg*, JZ 10, 712; BGH NStZ 15, 241 con anotaciones *Artkämper/Dannhorn*; BGH NStZ 16, 25 (caso *Mitbewohner*); HRRS 16 Nr 84; HRRS 16 Nr 156; NStZ-RR 16, 111; en caso de dolo de lesiones corporales, BGH StV 15, 300; panorama sobre la jurisprudencia en *Steinberg/Stam*, NStZ 11, 177.

38 *Streng*, Kühne-FS, p. 53.

39 BGH NStZ 07, 331 con obs. crít. *Edlbauer*, JA 08, 725; BGH NStZ-RR 10, 373 (caso *Autobahnbrücken*) con obs. *Jahn*, JuS 10, 456; BGH NStZ 11, 210 (caso *Macheten*); 12, 207; 116, 341 (puntapié en la cabeza).

40 BGH NStZ 09, 629 con obs. *Jahn*, JuS 09, 956; BGH NStZ 11, 338; BGH StV 12, 89 (golpe con el pie descalzo contra la cabeza); BGH NStZ 12, 151 (estrangulamiento bajo la influencia del alcohol); NStZ 15, 266 con anotaciones *Lohmann*, NStZ 15, 580; BGH NStZ-RR 13, 75 con obs. *Kudlich*, JA 13, 152 (diversas puñaladas); BGH NStZ-RR 13, 169 y 242 (puntapié contra la cabeza); StV 15, 293; NStZ 15, 516 (golpes de la cabeza contra el suelo de hormigón).

41 LG Rostock NStZ 97, 391 con obs. crít. *Fahl*.

causación dolosa de un peligro para la vida también podría representar solo una forma especialmente cualificada de una lesión corporal, según el § 224.I Nr 5, la que por sí misma no dice aún nada acerca de que el autor también se haya conformado con la causación de la muerte.

En el caso *Schlüsselsucher*[42], el autor tocó el timbre de la casa de la víctima, donde también se encontraban algunos invitados, y fingió buscar sus llaves en el suelo para poder identificar en principio a la víctima. Cuando la víctima abrió la puerta, el autor la acuchilló en la barriga. El LG valoró la peligrosidad de la acción para la vida como un indicio de la existencia de dolo eventual, pero, por otro lado, consideró el hecho de que el autor se hallaba bajo los efectos del alcohol, así como la ausencia de un motivo reconocible, por lo que, como resultado, aceptó que el autor no habría reconocido el peligro de homicidio (ausencia del elemento cognitivo). Al revisar el caso, el BGH no objetó estas consideraciones, pero sí el que no se hubiera tenido en cuenta el proceder reflexivo y decidido del autor mediante la supuesta búsqueda de la llave. Por eso, en su opinión, con base en una valoración de todas las circunstancias, el rechazo del dolo eventual ya no sería razonable.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 107 y Klausurenkurs III n. m. 339.

338 El dolo eventual es suficiente dondequiera que la ley no requiera una forma de dolo más intensa, es decir, especialmente que un comportamiento se lleve a cabo "contra su propia convicción" (§§ 145.d, 164, 187 y 278), "conscientemente" (§§ 134, 145 y 258) o incluso una intención en sentido técnico (por ejemplo, § 226.II).

339 En el **caso n.° 7a**, no se puede fundamentar el dolo de homicidio en forma de **dolo eventual** ya por el hecho de que E habría considerado posible la presencia de L en el granero. La "**aceptación**" del resultado **no** puede deducirse de la mera "**consideración de su posibilidad**" (BGH NStZ 88, 175). Si E hubiera confiado en que L no se encontraba en el granero (por ejemplo, porque L jamás faltaba a esa fiesta popular y nunca se retiraba de ella antes de que terminara) solo vendría en consideración una imprudencia consciente (§ 222).

4. Dolo alternativo

340 Varias formas de dolo pueden concurrir, a veces, bajo el aspecto de un **dolo alternativo**. Una constelación de ese tipo existe especialmente cuando, al ejecutar una determinada acción, el autor no sabe con certeza cuál de los dos tipos o resultados que se excluyen entre sí realiza, pero acepta ambas posibilidades. En la literatura se discuten los siguientes ejemplos:

42 BGH NStZ-RR 13, 341.

Ejemplo 1: A, quien se encuentra dando un paseo, encuentra en el cazadero de J un corzo al que el cazador W le ha disparado y alistado para ser transportado. Sin embargo, A no sabe quién ha matado al corzo y le es indiferente si J o W ha disparado contra el animal. En el primer caso, J se habría convertido en propietario del corzo como consecuencia de lo cual el comportamiento de A constituiría un hurto (§ 242); en el último caso, el corzo estaría sujeto todavía al derecho de caza, de modo que una apropiación por parte de A configuraría el tipo penal de la caza furtiva (§ 292 I Nr 2).

Ejemplo 2: Poco después de anochecer, el guardabosque F sigue con su perro de caza el rastro del cazador W. Este último dispara la última bala que le quedaba en dirección a F con la intención de matarlo (dolo de homicidio o asesinato, según los §§ 212, 211) o, por lo menos, eliminar a su perro (dolo de daños materiales, según el § 303.I). La bala alcanza al perro.

Aquí el dolo abarca ambas posibilidades, respectivamente, aunque solo pueda realizarse una de ellas. Las opiniones difieren ampliamente en cuanto a la forma en la que tiene que abordarse jurídico-penalmente el dolo alternativo respecto a hechos de esa clase.

De acuerdo con una opinión aquí solo puede tener relevancia jurídico-penal el **dolo referido al delito más grave**[43]. 341

En el **ejemplo 2** (donde únicamente el perro es alcanzado por el disparo) solo puede considerarse la tentativa de un delito de homicidio, los daños consumados respecto al perro serían un hecho concomitante ya cubierto.

Otros se orientan básicamente por el **tipo objetivo que se ha realizado** (y, en caso de que no haya producido ningún resultado, por el dolo de realización de la alternativa más grave)[44].

De acuerdo con esa opinión, en el **ejemplo 2**, W tendría que ser condenado por daños consumados respecto al perro, pero no por tentativa de homicidio.

Por el contrario, la opinión dominante defiende una sanción bajo el concurso ideal con base en **todos los delitos que puedan concurrir**[45].

43 *Kühl*, AT, § 5 n. m. 27a/b; *Lackner/Kühl-Kühl*, § 15 n. m. 29; LK-*Vogel*, § 15 n. m. 136; igual en el resultado S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 91.

44 Cfr., al respecto, NK-*Zaczyk*, § 22 n. m. 20 (en caso de delitos del mismo rango sería posible una determinación alternativa).

45 Unidad de hecho entre un hecho doloso consumado y una tentativa o tentativa de ambos delitos: cfr. LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 37; *Jakobs*, AT, 8/33; *Jeßberger/Sander*, JuS 06, 1065; *Rengier*, AT, § 14 n. m. 52; *Roxin*, AT I, § 12 n. m. 93 s.

En consecuencia, en el **ejemplo 2**, tendría que condenarse a W por tentativa de homicidio o asesinato en unidad de hecho con daños consumados[46].

342 Todas esas soluciones se topan con críticas. La propuesta de considerar solo el dolo referido al delito más grave no resulta convincente si justamente ha sido el delito más leve el que se ha configurado completamente. Es decir, en el dolo alternativo también hay que considerar, en primer lugar, la aplicación consecuente de las reglas referidas a la **correspondencia** entre tipo **objetivo** y **subjetivo**. En cuanto a la opinión dominante, no resulta convincente que la aceptación de una unidad de hecho basada en todos los delitos correspondientes lleve a una sanción que nivela la diferencia entre el dolo alternativo y el dolo acumulativo (en el denominado **dolo acumulativo**, el autor, por lo menos, acepta realizar diversos tipos o causar todos los resultados que vienen en consideración). Si bien cuando existen dos o más clases de dolo, que, en el nivel del tipo, resultan atribuibles tanto a uno como a otro delito, no puede dudarse de la concurrencia de un **dolo alternativo**, pues todo resultado (considerado en sí mismo) es querido por el autor, al menos, de modo condicionado; sin embargo, esto no impide apreciar una menor importancia del dolo alternativo en comparación con el **dolo acumulativo** en el *ámbito del concurso*, considerando **compensado** (consumido) el dolo que no excede la etapa de tentativa, en tanto hecho concomitante copenado en el marco de lo objetivamente fungible, a través de la sanción del delito más grave[47].

Esto habla a favor de la siguiente distinción:

343 **a)** Cuando se produce uno de ambos resultados, en vista de la correspondencia entre hecho y dolo, tiene que sancionarse al autor por el **delito realizado objetivamente** (hecho doloso consumado). Así, se compensa la punibilidad de la tentativa referida al otro delito cuando se **trata** de tipos con **un fin de protección y una gravedad de los hechos más o menos similar** (como en el ejemplo 1, entre el § 292.I Nr 2 y el § 242).

344 **b)** Hay que aceptar una **unidad de hecho** entre el hecho doloso consumado y la tentativa de otro delito cuando **el contenido de injusto de esta es esencialmente más relevante** que el del hecho doloso consumado (en ese sentido, en el **ejemplo 2**, tiene que sancionarse a W, según el § 303, por matar el perro

46 Respecto a otras propuestas de solución, v. *Joerden*, ZStW 95 [1983], 565; *Haft*, p. 160; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 171.

47 V. *Maurach/Zipf*, AT/1, § 22 n. m. 27; B. *Heinrich*, AT, n. m. 294; *Jäger*, AT, n. m. 71; crít., al respecto, *Joerden*, JZ 90, 298.

de caza en unidad de hecho con tentativa de homicidio contra F). Lo mismo vale cuando se afecta bienes jurídicos personalísimos de distintos titulares.

c) Cuando no se consume ningún delito, hay que sancionar únicamente por una tentativa con base en el **delito más grave**, siempre que, de esa forma, el contenido de injusto del hecho pueda ser abarcado de modo suficiente; además, hay que aceptar una unidad de hecho. 345

d) Raramente podrían producirse **todos** los resultados posibles. En todo caso, ello sería teóricamente posible en el marco del segundo ejemplo. Pero, en ese caso, tendría evidentemente que haber existido un acontecimiento que sugiera la cuestión respecto a si, ya de entrada, el autor no había asumido la producción del resultado; es decir, si había actuado con dolo acumulativo o con una voluntad general de lesionar, o si acaso deben tenerse en cuenta otras circunstancias que hablan contra la aceptación de un dolo alternativo, de modo que su problemática no se presenta aquí en absoluto. Pues, dado que lo que alguien **se ha representado** y **querido** depende de las **circunstancias objetivas** y de su propensión al hecho, esto no se le puede "atribuir" solo teóricamente. Únicamente un análisis objetivo de los hechos puede indicar el camino de una solución adecuada para el caso concreto; solo sobre esta base es posible decidir (dado el caso, con referencia al principio *in dubio pro reo*) el resultado al que llevan los criterios determinantes de la imputación subjetiva. 346

III. El elemento cognitivo del dolo típico

1. El punto de referencia del dolo

a) En el *ámbito del conocimiento*, el comportamiento doloso requiere que, **al momento de la comisión del hecho** (v. n. m. 309), el autor haya conocido todas las circunstancias del tipo penal realizado objetivamente que fundamentan y agravan la punibilidad. La representación del autor tiene que abarcar el hecho concreto en sus rasgos fundamentales, las particularidades típicamente relevantes de la acción ejecutiva, la producción del resultado típico que él se propone alcanzar, el curso causal en sus rasgos esenciales, así como todos los demás elementos del tipo objetivo del injusto[48]. Al mismo tiempo, **basta** 347

48 RGSt 70, 257; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 II 3; *Struensee*, ZStW 102 [1990], 21; de otra opinión, *Frisch*, Vorsatz, p. 57; LK-*Vogel*, § 15 n. m. 23.

con que el autor solo conozca genéricamente el objeto material de la acción, por ejemplo, que a él le sea **indiferente** cuál es la persona a la que mata en una aglomeración de gente mediante un disparo aleatorio, la cosa ajena que él alcanza o quién es el propietario de la cosa[49].

348 Cuando la ley contiene **circunstancias agravantes de naturaleza no típica** (como sucede en los ejemplos generales para casos especialmente graves en los §§ 240.IV, 243.I, 263.III; v. n. m. 163) para los delitos dolosos y no prevé explícitamente algo distinto en el ámbito subjetivo, tiene que aplicarse por **analogía** el § 16.I.1 a favor del autor[50] (v. n. m. 73).

349 **b)** No es necesario que acompañe a la acción una "consciencia" ininterrumpida, en el sentido de una consciencia completamente reflexiva. El **conocimiento propio del dolo, como conocimiento actual** de las circunstancias fácticas, también puede existir en forma de una **coconsciencia material-conceptual** y del **conocimiento concomitante**[51] siempre disponible. Sin embargo, en el ámbito del dolo, la ausencia de conocimiento no se puede reemplazar por lo que el autor habría podido lograr con la correspondiente representación. Un conocimiento previo no basta entonces por sí mismo, cuando ello fuera reproducible a través del uso de la memoria.

350 **c)** No es necesario que el dolo esté referido a las **condiciones objetivas de la punibilidad** (v. n. m. 206, 315). Lo mismo vale respecto a la **antijuridicidad** del hecho, pues la prohibición legal de una acción no constituye, por sí misma, una "circunstancia del hecho" en el sentido del § 16.I.1; "no pertenece al contenido del tipo legal, sino que tiene a este como contenido"[52]. De acuerdo con la "teoría de la culpabilidad", reconocida a través del § 17, la consciencia de la antijuridicidad (consciencia del injusto) no constituye un elemento del dolo, sino un elemento de la **culpabilidad**; cuando falta aquella no se cuestiona la existencia sino solo la **reprochabilidad** del dolo (más detalladamente, n. m. 648 y ss.). En los delitos cualificados por el resultado (cfr. n. m. 977), el dolo solo necesita estar referido al delito básico; sin embargo,

49 *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, p. 88; cfr. también BGHSt 21, 381; 22, 350.

50 S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 31; *Wessels*, Maurach-FS, p. 295, 300.

51 BayObLG NJW 77, 1974; *Kudlich*, PdW, p. 46; *Kühl*, AT, § 5 n. m. 100; AnwK-StGB-*Schaefer*, Vor §§ 15 y ss. n. m. 14 s.; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 51; crít., al respecto, *Gaede*, ZStW 121 [2009], 239; *Schild*, Stree/Wessels-FS, p. 241.

52 En ese sentido, BGHSt 19, 295, 298.

respecto a las consecuencias especiales del hecho tiene que atribuirse por lo menos imprudencia al autor (§ 18).

2. Conocimiento de las circunstancias del hecho y del significado

El **conocimiento propio del dolo** significa conocimiento de las **circunstancias del hecho y de su significado**. Para el dolo típico, no se exige que el autor subsuma con exactitud jurídica los hechos que conoce en la ley; de otro modo, solo los profesionales del derecho podrían actuar dolosamente. 351

a) En el caso de los **elementos descriptivos** (por ejemplo, "dañar" o "destruir" una "cosa" en el § 303; v. n. m. 189) tiene que haberse comprendido el significado natural de aquellos. 352

Si A desinfla los neumáticos del automóvil de B, la errónea consideración de que no existiría una acción dañosa en el sentido del § 303, por faltar una lesión de la sustancia, no tendría por qué hacer dudar sobre la existencia de dolo. Un tal **error de subsunción** no constituiría un error de tipo en el sentido del § 16.I.1 porque, en el ejemplo, A reconoce perfectamente que **daña la utilidad a la que está destinada el automóvil**[53]. La representación del autor de que "no se hace punible" también es irrelevante respecto al § 16.I.1, pues ello no depende del conocimiento de la punibilidad como tal en el ámbito del derecho penal. Un **error de subsunción** puede alcanzar relevancia fuera del ámbito del dolo cuando desplaza del autor la "comprensión de realización de un injusto", que lo lleva a incurrir en un error de prohibición en el sentido del § 17[54].

b) En cuanto a los **elementos normativos** (por ejemplo, "ajeno" o "apropiación" en el § 246; v. n. m. 190), no se requiere que el autor realice una subsunción con precisión jurídica[55]. Sin embargo, no basta —contra lo que se defiende parcialmente en la literatura[56]— con el mero conocimiento de los hechos que satisfacen el concepto, sino que, más bien, el autor tiene que haber comprendido correctamente el **contenido de significado jurídico-social de la circunstancia del hecho** de un modo profano (denominado **valoración paralela en la esfera del profano**[57]). 353

53 Cfr. BGHSt 13, 207.

54 BGH NStZ 10, 337 con obs. *Steinberg/Popp*, p. 114; *Kindhäuser*, LPK, § 16 n. m. 13 s.

55 *Kühl*, AT, § 5 n. m. 93.

56 Por todos: *B. Heinrich*, Roxin II-FS, p. 449; cfr., también, *el mismo*, AT, n. m. 1087; *Knobloch*, JuS 10, 865.

57 BGHSt 3, 248; 4, 347; 8, 321; OLG Köln StraFo 04, 282 con obs. *Kudlich*, JuS 04, 1015; más detalladamente, *Arthur Kaufmann*, Die Parallelwertung in der Laiensphäre, 1982; *Kretschmer*, Der strafrechtliche Parteiverrat, 2005, p. 282 y ss.; *Krey/Esser*, AT, n. m. 415 y ss.; *Papathanasiou*, Roxin II-FS p. 467; *Satzger*, Jura 08, 112, 114; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, p. 65; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 n. m. 71.

La teoría de la valoración paralela en la esfera del profano es aún intensamente debatida. En especial, se opone a ella el hecho de que las valoraciones jurídicas del profano no pueden sustituir las decisiones legales[58]. Debido a lo problemático de la delimitación, se defiende aisladamente en la literatura una renuncia completa a la utilización del concepto y una aceptación de que las representaciones erróneas respecto al "comportamiento del injusto" (el hacer humano y la regulación jurídica) llevan siempre a la exclusión del dolo[59]. Sin embargo, esta posición no se ha impuesto. De ahí que, debido a la ausencia de una concepción preferible, resulte conveniente, pese a todas las críticas, seguir a la literatura dominante[60].

De acuerdo con esta, para el conocimiento de la "ajenidad" de una cosa (§§ 242, 246) basta con ser consciente de que la cosa "pertenece" a otro; el autor no requiere conocer los hechos concretos de los que se origina la propiedad ajena. Por el contrario, faltaría el dolo de hurto (§ 242) si el vendedor V se rehúsa a cumplir un contrato de compraventa y el comprador K se lleva consigo por su propia cuenta la cosa vendida bajo la errónea idea de que, con la celebración del contrato obligatorio de compraventa, él ya se había convertido en propietario. Aunque K conoce aquí todos los hechos, de los cuales se deriva la conservación de la propiedad de V (cfr. §§ 433, 929 y ss. BGB); sin embargo, como consecuencia de su valoración errónea realizada "de modo profano", carece del imprescindible conocimiento de la circunstancia del hecho, puesto que él ve en el objeto material una cosa "propia" y no una cosa "ajena". El que exige a otro, mediante una amenaza, pagar una suma de dinero a la que cree erróneamente tener derecho a causa de su valoración jurídica profana, solo satisface el tipo objetivo de la extorsión (§ 253); en cambio, se halla bajo un error de tipo respecto a la antijuridicidad del enriquecimiento que ha planeado[61].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II n. m. 83 und Klausurenkurs III n. m. 155.

354 **c)** En tal sentido, con frecuencia la literatura aborda de forma separada los denominados **elementos típicos de valoración global del hecho.** Aquí se trata de elementos que abarcan ya la antijuridicidad, es decir, que no solo describen el comportamiento típico como tal, sino que, como consecuencia de su alto contenido normativo, albergan al mismo tiempo

58 NK-*Puppe*, § 16 n. m. 45 y ss.; *la misma*, AT, § 8 n. m. 14; en contra también MK-*Joecks*, § 16 n. m. 70 s.; *Kindhäuser*, GA 1990, 407; SK-*Rudolphi/Stein*, § 16 n. m. 15a; v., además, *Schlüchter*, Irrtum, p. 116.

59 *Herzberg*, JuS 08, 385, 390; v. también *Herzberg/Hardtung*, JuS 99, 1073 y ss.; *Herzberg*, Otto-FS, p. 265.

60 Sobre la reciente discusión, BGHSt 50, 331 (*Mannesmann*); LG Düsseldorf NJW 04, 3275; al respecto, por todos, *Jakobs*, NStZ 05, 276; *Puppe*, AT, § 8 n. m. 18 y ss.; *Ransiek*, NJW 06, 814; *Zech*, Untreue durch Aufsichtsratsmitglieder einer Aktiengesellschaft, 2007, p. 219; respecto a los grupos de casos: BK-*Kudlich*, § 16 n. m. 15.1-15.5.

61 BGHSt 48, 322, 328; BGH NStZ 08, 214 y 08, 626; NStZ 03, 663 (respecto al § 263); BK-*Wittig*, § 253 n. m. 12; en profundidad, *Gropp*, Weber-FS, p. 127; *Jäger*, BT, n. m. 245; *Küpper*, Kühl-FS, p. 329, 333; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 719.

en sí la valoración global del hecho, reservada al juicio general de antijuridicidad.

Un ejemplo relevante está constituido por la **reprochabilidad en el sentido del § 240.II** (cfr. n. m. 387). Aquí debe distinguirse entre los fundamentos reales de valoración del elemento y el juicio de valor expresado mediante ellos. Mientras los primeros operan como complemento del tipo del injusto y, por eso, tienen que ser abarcados por el dolo, el juicio valorativo como tal solo afecta la antijuridicidad. Por consiguiente, en la coacción se excluye el dolo, de acuerdo con el § 16.I.1, cuando el autor no conoce las circunstancias reales en las que se fundamenta el juicio de reprochabilidad. Por el contrario, si el autor yerra respecto al conocimiento de alguna de las circunstancias de reprochabilidad con base en las cuales se realiza la fundamentación, es decir, si el autor efectúa una valoración distinta, entonces, se trata de un error de prohibición en el sentido del § 17[62]. Junto al § 240.II, el § 253.II también contiene un tal elemento de reprochabilidad. En la discusión científica aún no ha sido aclarado si existen otros elementos típicos de valoración global del hecho[63] (sobre los elementos de justificación del hecho globalmente valorado, cfr. n. m. 713).

d) Ocasionalmente se encuentran en el Código Penal tipos con elementos que remiten a otra norma, la mayoría de las veces a normas extrapenales, para la determinación del contenido de la norma de prohibición jurídico-penal (cfr. n. m. 157). Así, por ejemplo, la estafa de subvenciones, en la variante del § 264.I Nr 3, exige que aquel que otorga la subvención deje al otorgante en ignorancia sobre determinados hechos "en contra de las disposiciones legales sobre la adjudicación de subvenciones". Según la opinión dominante, en tales **leyes penales en blanco**, por lo regular, el dolo solo tiene que referirse a los elementos típicos de la norma integradora, pero no a su existencia, validez, contenido ni aplicabilidad[64]. Los 355

62 Matt/Renzikowski-*Gaede*, § 16 n. m. 16; *Kühl*, AT, § 13 n. m. 59a; *Roxin*, AT I, § 10 n. m. 45, § 12 n. m. 105; AnwK-StGB-*Schaefer*, § 15 n. m. 24; SK-*Rudolphi/Stein*, § 16 n. m. 17.

63 En contra, *Lüdersen*, Richter II-FS, p. 373; *T. Walter*, Strafrecht, p. 105; en profundidad, *Puppe*, Herzberg-FS, p. 275; LK-*Vogel*, § 16 n. m. 51.

64 BGH wistra 13, 153; *Frister*, AT, 11. Cap., n. m. 36 s.; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 12, 884, 885 s.; de otra opinión, *Bülte*, NStZ 13, 65, 71 s.; NK-*Puppe*, § 16 n. m. 67; *la misma*, AT, § 8 n. m. 34; LK-*Vogel*, § 16 n. m. 40.

pormenores de ello no son hasta el momento claros, en particular, la delimitación respecto a los elementos normativos del tipo[65].

IV. El error de tipo y su delimitación

1. Sinopsis

356 El autor que no conoce una circunstancia perteneciente al tipo legal **durante la comisión del hecho** no actúa dolosamente respecto a ese tipo (§ 16.I.1). El **error de tipo** excluye la imputación al dolo de la circunstancia del hecho que existe objetivamente, sin considerar si el error era vencible o invencible y si este surgió de la mera "ignorancia" o de una concreta representación errónea de tipo real[66] o jurídico[67] (v. n. m. 353). Lo decisivo es únicamente que aquel que actúa bajo un error de tipo no sea alcanzado por la "**función de llamada y de prevención**" del tipo. El autor **no sabe lo que hace** porque, como consecuencia de su error, no comprende el significado real del suceso en el ámbito jurídico-social.

En ese sentido, de acuerdo con el § 16.I.1, falta un homicidio doloso, en el sentido del § 212, si alguien dispara contra un depósito de agua de lluvia que cree vacío, pero en el que se encuentra escondido un niño que jugaba y que es alcanzado mortalmente por el disparo.

357 Según el § 16.I.2, permanece intacta la punibilidad por una **comisión imprudente** respecto a quien actúa bajo error; en consecuencia, la evitabilidad y la reprochabilidad del error solo resultan relevantes respecto a ese tipo de comisión. Sin embargo, aquí también se requiere que la realización imprudente del delito correspondiente esté conminada con una pena.

358 La regulación **exculpatoria** del § 16.I.1, que aquí repercute **a favor de quien actúa en error**, posee un cariz **incriminatorio** en el ámbito de los §§ 22, 23 cuando el autor se equivoca **en su propio perjuicio** al considerar existente un elemento del tipo que en realidad no existe

65 *Böse*, Puppe-FS, p. 1353; *Fakhouri Gómez*, GA 2010, 259; *Ransiek*, wistra 12, 365; *Roxin*, Tiedemann-FS, p. 375, 381; ampliamente: *Dietmeier*, Blankettstrafrecht, 2002; S/S/W-*Momsen*, §§ 15, 16 n. m. 14; *Schuster*, Das Verhältnis von Strafnormen und Bezugsnormen aus anderen Rechtsgebieten, 2012, p. 92 y ss., 115 y ss.

66 Instructivo al respecto: *Hettinger*, JuS 88, L 71; 89, L 17, L 41; *Rath*, Jura 98, 539; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 12, 289.

67 BGH NStZ 12, 160 con obs. *Adick*, ZWH 12, 154 y *Duttge*, HRRS 12, 359; OLG Braunschweig NStZ-RR 98, 175; BayObLG NStZ-RR 00, 122; *Bülte*, NStZ 13, 65.

(**ejemplo**: A dispara con dolo homicida contra B, quien se encuentra acostado en una cama, sin sospechar que poco antes B ha sufrido un infarto mortal al corazón). Siempre que la tentativa del correspondiente delito tenga conminada una pena, ese **error de tipo inverso** conduce a una **tentativa inidónea** punible[68]. (Cfr. n. m. 880).

Si una falta de correspondencia entre representación y realidad también excluye el dolo cuando el error se refiere a las **variantes semejantes** de un tipo penal (denominado error doble respecto a las circunstancias del hecho o error respecto a una variante; **por ejemplo**, el autor del § 274 considera erróneamente que los documentos son una grabación técnica, similar en el §§ 123, 304) depende en su mayor parte de la configuración del tipo respectivo por medio del legislador. De ahí que una respuesta con validez general a esta cuestión no sea posible[69]. En particular, resulta determinante si se trata de variantes con un contenido del injusto equivalente, de variantes con una cláusula de recogida general o de una formulación de determinadas modalidades de ataque que sea exhaustiva. **359**

La representación errónea del autor de que existen las circunstancias fácticas, las cuales —de existir realmente— realizarían un tipo privilegiado, está abarcada por el § 16.II. Entonces, el autor puede ser sancionado por ese tipo —a pesar de que el tipo objetivo del privilegio no ha sido satisfecho—. **359a**

Es decir, en el marco de la constatación el § 16.II —completamente diferente que el párrafo 1— no tiene que abordarse en el tipo subjetivo, sino en el tipo objetivo; en última instancia, a causa de la representación defectuosa del autor se realizará una **ficción** a favor de él, consistente en suponer que se ha satisfecho el tipo objetivo del privilegio. Sin embargo, los casos en los que esto se aplica son raros; en lo fundamental, se discute[70] el § 16.II en caso de una suposición errónea de una solicitud de que se provoque la muerte en el sentido del § 216; pero, en sentido estricto, esa solicitud constituye un elemento especial de la culpabilidad, por lo cual el resultado correcto (sanción solo por el § 216) surge ya de las reglas generales (v. n. m. 1148). Una relevancia práctica reclama el precepto, ante todo, a causa de su correspondiente aplicabilidad en casos que se designan como de gravedad disminuida (por ejemplo, en § 213)[71].

2. El error sobre el objeto de la acción (*error in persona vel obiecto*)

a) Se habla de un **error sobre el objeto de la acción** (*error in persona vel obiecto*)[72] en el caso de representaciones erróneas sobre la identidad u otras características de la respectiva persona o del objeto material. **360**

68 BGHSt 42, 268 con obs. *Arzt*, JR 97, 469 y *Kudlich*, NStZ 97, 432.

69 Más detalladamente, RGSt 35, 285; Matt/Renzikowski-*Gaede*, § 16 n. m. 25; *Matejko*, ZIS 06, 205; *Mitsch*, Keller-GS, p. 165; *Rengier*, AT, § 16 n. m. 66 s.

70 Vgl. *Küper*, Jura 07, 263.

71 Más ampliamente, S/S-*Sternberg/Lieben*, § 16 n. m. 27; cfr. también MK-*Joecks*, § 16 n. m. 106, *Roxin*, AT I § 12, n.m 140.

72 En profundidad, *Koriath*, JuS 98, 215; *Rath*, Zur Unerheblichkeit des error in persona vel

Sin embargo, en contraposición a la *aberratio ictus*, que se abordará inmediatamente después (v. n. m. 364), aquí el autor afecta precisamente el objeto que tiene en mira, solo que la identidad de este no corresponde a la representación que el autor se había hecho al momento del ataque.

361 Para el tratamiento del *error in persona vel obiecto*, resulta relevante si la valoración jurídico-penal cambia en caso de que la representación del autor fuese acertada[73]. De acuerdo con el § 16.I.1, un tal error repercute en el dolo solo cuando **falta** la **equivalencia típica** entre el objeto atacado representado y el que realmente se ha atacado, o sea, cuando ambos objetos no pueden ser subsumidos bajo el mismo elemento típico.

Ejemplo: A quiere disparar al perro de su vecino N, pero mata al niño K, quien se encontraba jugando en la perrera, al confundirlo con el perro por efecto del crepúsculo. En tales circunstancias, de acuerdo con el § 16.I.1, se excluye una sanción por homicidio doloso, pues los objetos "cosa" (§ 303) y "persona" (§ 212) no resultan típicamente equivalentes y A no sabía que en realidad disparaba contra una persona. Por consiguiente, solo viene en consideración un homicidio imprudente (§ 222) en unidad de hecho con una tentativa de daños (§§ 303 I, III, 22, 23.I). El punto de referencia para un reproche por imprudencia es la consideración de que no se puede disparar a objetos que uno no puede identificar debido a la falta de una visibilidad clara (cfr. n. m. 939 y ss.). En cuanto a la tentativa de daños, se trata de una tentativa inidónea, pues una persona no constituye un objeto material idóneo en el sentido del § 303 (cfr. n. m. 880).

362 **b)** Si los objetos de los que se trata son **típicamente equivalentes**, la confusión del objeto carece de relevancia para la punibilidad del que actúa bajo error porque ella (como un error en el motivo) no pone en cuestión la existencia del dolo típico. Es decir, el punto de referencia del dolo está constituido solo por las circunstancias externas del hecho mencionadas en el § 16.I.1, pero no por los motivos u objetivos mediatos vinculados al hecho[74]. En ese sentido, un **comportamiento doloso** puede afirmarse **entonces** (pero también, solo entonces) cuando **lo que ha ocurrido objetivamente coincide** en sus **rasgos fundamentales con** aquello que, según la representación del autor, al momento de la ejecución del hecho, **debía suceder** o era asumido por él respecto al tipo.

363 **c)** Sin embargo, la correspondiente equivalencia de los objetos se puede evaluar siempre solo **con miras al concreto tipo que viene en cuestión**. Es decir, si,

objecto, 1996.

73 *Warda*, Blau-FS, p. 159, 162.

74 Cfr. BGHSt 11, 268; 37, 214; *Hettinger*, JuS 92, L 65.

por ejemplo, A dispara contra el presidente de Nigeria S, quien se halla en Alemania en medio de una visita estatal y se encuentra visitando de forma privada las tiendas del centro de Fráncfort, al confundirlo con E, su enemigo mortal, entonces, tiene que realizarse la siguiente distinción[75]. Para la constatación de la concurrencia de los §§ 211 y 212, resulta relevante que el respectivo objeto material sea una persona —en ese sentido, S y E son típicamente equivalentes—. En el § 102 (agresión contra órganos y representantes de estados extranjeros), el objeto material exigido por el tipo está constituido por un "jefe de un estado extranjero", un elemento del tipo bajo el cual se puede subsumir a S, pero no a E. Es decir, aquí falta una equivalencia típica y, en ese sentido, el error resulta relevante, de modo que, con base § 16.I.1, se excluye el dolo (una punibilidad por imprudencia, v. § 16.I.2; no existe respecto al § 102).

En el **caso n.° 7b**, W ha matado dolosamente al invitado J, puesto que, en el momento decisivo, el suceso externo coincidía completamente con la representación de W. El resultado de muerte deseado se ha producido en "la" persona respecto a la cual W ha orientado su ataque. W ha matado a "**la**" persona **respecto a la cual él se ha propuesto disparar con voluntad de matar y lo ha hecho** (o sea, J). Aquí el objeto del ataque y el de la lesión son idénticos. La circunstancia de que W haya confundido a J con F solo ha sido la razón para ejecutar la acción dolosa de homicidio sobre un objeto erróneo. En tales circunstancias, en el disparo contra J tampoco existe adicionalmente una tentativa de homicidio contra F, pues cuando el hecho de W alcanzó el estadio de la tentativa, el dolo, el ataque y la acción ejecutiva se dirigieron contra J, erróneamente considerado como F. W tendría aún el dolo de matar a **una** persona. Sin embargo, este dolo de homicidio se habría concretado en J. Por el contrario, si se afirmara adicionalmente una punibilidad de tentativa con respecto a F, e produciría una (inadmisible) "duplicación del dolo".

Sobre las consecuencias jurídicas del error sobre el objeto en los casos de autoría mediata e instigación, cfr. n. m. 792 y 822 y ss.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 153 y Klausurenkurs III n. m. 265.

3. El error en la ejecución (*aberratio ictus*)

a) Hay que distinguir[76] el error sobre el objeto, del **error en la ejecución del ataque** (*aberratio ictus* o error en el golpe). De este último modo se denomina a aquellos hechos en los que el autor dirige su ataque hacia un determinado **364**

75 Caso de ejemplo según *Krey/Esser*, AT, n. m. 433.

76 Instructivo sobre la delimitación entre el *error in persona* (*vel obiecto*) y la *aberratio ictus*, *El-Ghazi*, JuS 16, 303.

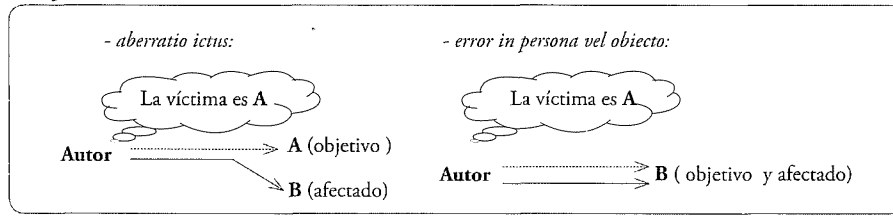
objeto material individualizado por él, pero yerra en el ataque y termina afectando otro objeto que el autor no se había representado ni querido lesionar.

Ejemplo: A saca un cuchillo para clavarlo —con dolo homicida— en el pecho de X, a quien odia por haberlo ofendido. X, hábilmente, puede evitar a tiempo el cuchillazo, de modo que este alcanza a Y, quien se encontraba detrás de X, ocasionándole una herida que sangra abundantemente, pero no es peligrosa para su vida. A no tiene nada contra Y, ni tenía intenciones de hacerle nada.

365 Aquí, los objetos del ataque y de la lesión —a diferencia del error respecto al objeto de la acción— justamente no son idénticos. En la ***aberratio ictus***, el resultado lesivo se produce en un **objeto distinto** a aquel que constituye el objetivo de la conducta, cuando se lleva a cabo la acción ejecutiva típica (= momento decisivo del dolo). La lesión deseada (en el objeto que el autor se propone alcanzar, aquí: X) no se llega a producir, mientras que el resultado lesivo realmente producido (en el segundo objeto afectado por error, aquí: Y) no era querido.

Sinopsis respecto a la delimitación entre *aberratio ictus* y *error in persona vel obiecto*:

Gráfico 5



366 **b)** Según la **opinión dominante**[77], en constelaciones de ese tipo, el autor puede ser sancionado —independientemente de si ambos objetos son típicamente equivalentes— por **tentativa** respecto al hecho que se propone alcanzar y (en unidad de hecho) únicamente por una **comisión imprudente del hecho** respecto a la lesión no deseada y errónea del segundo objeto. Naturalmente, se requiere que la tentativa esté conminada de todos modos con una pena o que exista un correspondiente tipo imprudente.

77 Vista general respecto a las distintas opiniones en *Hillenkamp*, AT p. 67; al respecto, es instructiva la solución del caso en *Böhringer/Wagner*, ZJS 14, 413, 416.

En el ejemplo, esto significa que A tendría que ser sancionado por tentativa de homicidio (o asesinato) en unidad de hecho con lesiones corporales (§§ 212, 52, 229).

De forma diferente hay que decidir cuando el autor ha considerado como posible el curso erróneo de su ataque y se ha conformado con una eventual lesión del segundo objeto, es decir, cuando ha actuado con *dolus eventualis* (alternativo o acumulativo, cfr. supra n. m. 340 y ss.) (= tentativa en cuanto al objeto material que corresponde a su objetivo y hecho doloso consumado en cuanto al segundo objeto)[78]. 367

Ejemplo: El terrorista T quiere disparar al político P, pero solo alcanza al agente de seguridad S, quien se encuentra al lado de aquel y que, como consecuencia de ello, cae muerto. T había aceptado ese resultado al momento de disparar.

En el **caso n.° 7c**, nada indica que W haya aceptado la muerte de J. Por eso, W tiene que ser sancionado por tentativa de homicidio contra F (§§ 212, 211, 22, 23.I) en unidad de hecho con el homicidio imprudente de J (§ 222), siempre que su lesión fuera previsible y pueda formularse un reproche por imprudencia. 368

c) La **opinión contraria** defiende, en los casos de error en la ejecución (que sea objetivamente previsible de acuerdo con la experiencia general de la vida), una sanción por la comisión dolosa del hecho cuando ambos objetos sean típicamente equivalentes. Pues el autor habría querido —en el ejemplo recientemente planteado (n. m. 368)— matar "a otro" (es decir, a F) y finalmente también habría causado la muerte de "otro" (es decir, la muerte de J)[79]. Sin embargo, esta opinión no resulta convincente. Pues, mediante la individualización del objeto de ataque, el autor ha concretizado su dolo respecto a un objeto material completamente determinado. Precisamente, él no quiere lesionar cualquier objeto "de ese género" (por ejemplo, del género de las personas). Por eso, carece de un dolo de lesión de cualquier clase respecto al objeto afectado por error, pues este dolo se refiere solamente al único objetivo del ataque, previamente seleccionado. Si se quisiera resolver esto de otro modo, entonces, ello significaría cambiar los factores valorativos de un modo 369

78 Cfr. BGHSt 34, 53, 55; BGH NStZ 09, 210 (caso *Schlafsofa*).

79 *Frister*, AT, 11. Cap., n. m. 60; *Heuchemer*, JA 05, 275 y ss.; *el mismo*, v. Heintschel-Heinegg-FS, p. 189; *Kuhlen*, Irrtum, p. 480 y ss.; *Puppe*, GA 1981, 1, 14 y ss.; *la misma*, AT, § 10 n. m. 41; SK-*Rudolphi/Stein*, § 16 n. m. 32; en gran parte, también *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, p. 106; discrepante *Koriath*, JuS 97, 901; cfr., al respecto, *Beulke*, Jura 2014, 639.

tal que entrarían en contradicción con las circunstancias reales de los hechos que se han de juzgar.

Aunque resulta correcto afirmar que, en general, el dolo no tiene que estar forzosamente concretizado a un objeto completamente determinado (de modo que, por ejemplo, también puede bastar un dolo general de homicidio, v. n. m. 347); sin embargo, a la inversa, siempre que el autor haya concretizado su dolo respecto a un determinado objeto de la agresión, no puede juzgarse como si esa individualización no hubiera ocurrido[80].

370 En el caso de los tipos penales que protegen exclusiva o prioritariamente **bienes jurídicos patrimoniales**, *Hillenkamp*[81] quiere **atribuir** a una "individualización del objeto" **solo** lo que en la representación del autor resulta **relevante para el motivo** y, bajo esta fundamentación, considerar irrelevante una *aberratio ictus* en el ámbito jurídico-patrimonial (teoría de la equivalencia material).

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 169 y Klausurenkurs III n. m. 271.

371 **d)** Cuando el autor no **ha percibido sensorialmente a la víctima**, también con base en la literatura dominante, resulta frecuentemente dudoso a qué objeto se refiere el dolo del autor. Es decir, en el caso de una individualización "mediata", el dolo se extiende a todo objeto que corresponda a las "disposiciones del programa". Por eso, no es posible aceptar una *aberratio ictus*, sino un *error in persona* irrelevante cuando el autor instala un artefacto explosivo camuflado en un automóvil para matar al propietario de este, pero otra persona de casualidad usa primero el auto y muere como consecuencia de ello[82]. Recién existiría verdaderamente un *error in persona* si el autor confundiera los autos y, por ejemplo, instalara erróneamente la bomba en el automóvil del vecino[83].

372 **e)** En el ámbito de la opinión dominante, se considera aisladamente la sanción por un **delito doloso consumado** respecto al error en la ejecución en casos particulares excepcionales, siempre que la individualización concreta

80 Igualmente, *Burchard*, "Irren ist menschlich", 2008, p. 464; *Dürre/Wegerich*, JuS 06, 712; *Hettinger*, GA 1990, 531; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 6 c; *Köhler*, Hirsch-FS, p. 80.

81 *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, p. 108, 116 y ss.; crít., al respecto, *Hettinger*, JuS 92, L 73; *Rath*, Zur strafrechtlichen Behandlung der aberratio ictus und des error in objecto des Täters, 1993, p. 166 y ss.; *Schreiber*, JuS 85, 873, 875.

82 *Stratenwerth*, Baumann-FS, p. 57; v., también, *Prittwitz*, GA 1983, 110; *Hoyer*, AT I, p. 63; *Geppert*, Jura 92, 163; *Gropp*, Lenckner-FS, p. 65; S/S/W-*Momsen*, §§ 15, 16 n. m. 8; *Toepel*, JA 96, 886; 97, 556, 948; discrepante *Erb*, Frisch-FS, p. 389, 396 s.; *Herzberg*, NStZ 99, 217; *Schlehofer*, Vorsatz, p. 174; acerca de la delimitación: *Hoyer*, Wolter-FS, p. 419, 421 y ss.

83 BGH NStZ 98, 294 con discusión *Herzberg*, JuS 99, 224; a favor de esto *Kudlich*, JuS 02, 1074.

del objeto no dependa del autor y en ella exista **solo una elección del objeto de agresión casual, no motivada**[84].

Sin embargo, la existencia o ausencia de un motivo en la elección puede no resultar decisivo para la delimitación entre una comisión del hecho dolosa e imprudente. Mucho más decisivo es si se ha llevado a cabo una elección en el sentido de una individualización del objeto y si lo que objetivamente se ha producido coincide, por lo menos en sus rasgos esenciales, con lo que, según la representación del autor, debía suceder a través de la ejecución de la acción ejecutiva típica o era aceptado por él.

Ejemplo: Al caer la noche, el criminal S, quien es perseguido por la policía, se percata de que su intento de fuga fracasará. S permanece de pie y saca su pistola para matar con su última bala al primero de sus perseguidores, antes de rendirse. Su disparo no alcanza al policía B, quien dirigía el grupo, sino a su colega C, quien se encontraba detrás de B y, como consecuencia de ello, sufre lesiones mortales. El juez penal que ve el caso tiene que aclarar, en primer lugar, si S ha disparado **deliberadamente** contra B y cómo se ha formado su representación particular del hecho. Si S solo ha disparado contra el grupo de perseguidores como tal o en su dirección para matar a **cualquiera** de los policías tras él, entonces, su representación del hecho comprende la muerte de C, debido a lo cual puede ser sancionado por homicidio doloso. Si, por el contrario, S pretendía y disparó **justamente con el objetivo de alcanzar a B,** se trata de una tentativa de homicidio contra B y un homicidio doloso consumado contra C, en tanto S ha considerado posible y ha aceptado la lesión de C o la de otro perseguidor en lugar de B. Si lo último no se puede aclarar, entra en consideración el principio *in dubio pro reo* (n. m. 802 y ss.): a favor de S tiene que aceptarse que, respecto de C, solo ha cometido un homicidio imprudente.

f) Por medio de los criterios de solución de la opinión dominante también se pueden solucionar aquellos casos en los que concurren un **error sobre la persona** y un **error en la ejecución**. 373

Ejemplo: A acecha a C para dispararle. Cuando B se acerca al lugar donde se esconde A, este, debido a la penumbra, lo confunde con C y dispara contra él. El disparo no alcanza a B, sino que rebota en un muro y mata a C, quien venía detrás a punto de doblar la esquina. A no contaba con ese curso del suceso, pues no había percibido la presencia de C. La solución de este caso (tentativa de asesinato contra B en unidad de hecho con homicidio imprudente en agravio de C) puede parecer dudosa, sin embargo, es correcta: al momento del disparo, el dolo de homicidio de A solo estaba orientado a B, es decir, respecto a una persona que se acercaba a donde él se hallaba escondido, y ataca bajo la errónea suposición de que se trataría de C. A no se había imaginado ni aceptado que el disparo no alcanzaría a B, sino más bien a otra persona más allá de la esquina de la calle. Esto no cambia en nada por el hecho de que la persona que ha resultado muerta (o sea C) es casualmente idéntica a la persona que debía ser alcanzada por el disparo, según el plan del asesinato de A. Pues, como muestra el

84 *Herzberg*, JA 81, 470, 473; *Mitsch*, Puppe-FS, p. 729; *Roxin*, AT I, § 12 n. m. 166.

§ 16.I.1, el dolo típico no depende de la representación que el autor posee en el estadio del planeamiento, sino exclusivamente de lo que el autor se ha representado "durante la comisión del hecho". Por consiguiente, el momento decisivo del dolo es la realización de la acción ejecutiva típica. En este momento, es decir, al disparar, la representación del objeto de A, dominada por la voluntad de matar, se refería única y exclusivamente a B, a quien confundió con C, y, por eso, lo había determinado como objetivo de su ataque. Por lo tanto, para el análisis jurídico del caso, resulta irrelevante que justamente C y no, por ejemplo, un tercero cualquiera se haya convertido en víctima de la bala perdida.

4. El error sobre el curso causal

374 a) Dado que el nexo causal entre acción y resultado también constituye parte del tipo objetivo, el dolo —de acuerdo con el § 15— también tiene que referirse a aquel. Pero, puesto que todos los detalles del curso del suceso no son previsibles de modo exacto, el dolo típico solo tiene que abarcar el **curso causal en sus rasgos esenciales**[85]. Esta limitación tiene como consecuencia que las desviaciones de los cursos que el autor se ha representado no excluyen inmediatamente y sin más el dolo. Más bien se presenta la cuestión acerca de cuándo un **error sobre el curso causal** es tan esencial que hace excluir el dolo (§ 16.I.1). De acuerdo con la opinión mayoritaria, las desviaciones entre el curso causal representado y el que realmente ha sucedido son "**no esenciales**" y, por ello, irrelevantes para el dolo típico, si ellas se mantienen aún en las fronteras de lo previsible, según la experiencia general de la vida, y no justifican otra valoración del hecho[86].

375 Antes de que aparezca el problema del error, tiene que constatarse si no hay que descartar, ya en el ámbito del tipo objetivo del injusto, la **imputación objetiva** del resultado cuando su producción se basa en un **curso causal atípico** o **completamente inusual** (cfr. n. m. 196). Si falta la imputabilidad objetiva del resultado, se excluye ya el tipo objetivo del delito, de modo que el § 16.I.1 no tiene mayor relevancia. Solo luego de la afirmación de la imputabilidad objetiva del resultado queda espacio para la cuestión del dolo, es decir, concretamente, cuando el autor no había contado con desviaciones del curso que eran objetivamente previsibles[87].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 124 ss. y Klausurenkurs II n. m. 194.

85 Distinto: *Wolter*, ZStW 89 [1977], 649; crít. también *Puppe*, GA 2009, 569.

86 BGHSt 7, 325 (caso *Blutrausch*); 9, 240 (caso *Fangbrief*); 14, 193 (caso *Jauchegruben*); 23, 133; BGH NStZ 01, 29 (caso *Pflegemutter*); NStZ 02, 475 (caso *Luftinjektion*); BGHSt 56, 162 (caso *Wanduhr*); *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 20 n. m. 24; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 55; *Valerius*, JA 06, 261; *Zieschang*, AT, n. m. 163; más restringido: *Freund*, Maiwald II-FS, p. 211, 218 s.; en profundidad, *Rohnfelder*, Probleme der Diskongruenz von Kausalverlauf und Vorsatz, 2012.

87 Cfr. *Frister*, AT, 11. Cap., n. m. 47 s.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 6 b; al respecto, v. también BGHSt 38, 32; 48, 34, 37 (caso *Gubener Verfolgung*); *Block*, Atypische Kausalverläufe in objektiver Zurechnung und subjektivem Tatbestand, 2008; *Roxin*, AT I, § 12 n. m. 151.

La mayoría de las veces la **jurisprudencia** traslada la constatación de un curso causal irregular al ámbito del dolo, pero en la **imputación subjetiva** recurre a los **criterios del juicio de adecuación** y, de esa forma, a los criterios de la imputabilidad objetiva (por ejemplo, la experiencia general de la vida, la previsibilidad general, la ausencia de realización del riesgo en el caso de atípicos cursos del sucesos)[88]. 376

Entonces, la desviación del curso causal que el autor se ha representado es "**no esencial**" cuando, por ejemplo, debe matarse a la víctima por medio de hachazos, pero la pretendida destrucción del cráneo no se produce y la muerte sobreviene más bien por la infección de las heridas[89]; cuando el infante que ha sido arrojado al río desde un puente no se ahoga, en contra de lo que se representa el autor, sino que se estrella violentamente contra la proa de un velero que cruza rasante bajo el puente y muere como consecuencia de ello[90]; o cuando la patada, en lugar de dar en la víctima, alcanza a una bicicleta que, como consecuencia de ello, cae y lesiona a la víctima[91]; o cuando el autor, para ocultar el hecho, mata mediante un apuñalamiento a la víctima que ya había lesionado mortalmente con una barra de metal, debido a que no ha reconocido la letalidad de su golpe[92]. 377

En cambio, no existe aún un dolo jurídico-penalmente relevante cuando el resultado se produce ya durante un **acto preparatorio**, de modo que está excluida una sanción por la comisión dolosa del hecho. Consecuentemente, en ningún caso surge la cuestión acerca de la desviación del curso causal real respecto al que el autor se ha representado. Más bien solo viene en consideración una sanción por la comisión imprudente del hecho siempre que el autor aún no haya superado el umbral de la tentativa punible (cfr. n. m. 852 y ss., 603)[93].

88 Cfr. BGHSt 23, 133, 135; estrictamente contra el desplazamiento del problema, *Wolter*, ZStW 89 [1977], 649; *el mismo*, Strafrechtssystem p. 15; crít. también *Hettinger*, JuS 90, L 73; 91, L 9, 25, 33, 49.

89 RGSt 70, 257.

90 *Dold*, ZStW 122 [2010], 785, 801; *Roxin*, Würtenberger-FS, p. 109; discrepante *Herzberg*, ZStW 85 [1973], 867; modificado JA 81, 374, nota al pie 31.

91 OLG Hamm, NStZ-RR 2014, 109.

92 BGH JR 16, 274 (caso *Metallstangen*) con anotaciones en contra *Eisele*, JuS 16, 369; al respecto también *Hinz*, JR 16, 276.

93 BGH NStZ 02, 309 con obs. *Gaede*, JuS 02, 1058 y *Jäger*, JR 02, 38; BGH NStZ 02, 475; *Herrmann/Heyer*, JA 12, 190; *Roxin*, AT I, § 12 n. m. 184; *el mismo*, GA 2003, 257, 260; *Sowada*, Jura 04, 814.

378 **b)** Un caso especial del error sobre el curso causal se presenta cuando el suceso se lleva cabo a través de **dos actos** y el autor valora erróneamente el curso de la acción, de modo que **cree haber alcanzado el resultado querido ya mediante el primer acto** (por ejemplo, en el caso n.° 7d, abatiendo a F), el cual, sin embargo, se produce recién mediante el segundo acto, que el autor efectuó para ocultar el hecho (hundir a F, a quien consideraba muerto, en el lago).

Frecuentemente, en casos de este tipo se excluye ya la **imputación objetiva del resultado**, considerando que en el resultado producido no se habría realizado el peligro típicamente relevante originado dolosamente con la primera acción[94]. Una valoración distinta sería, entonces, conveniente si el autor —en el ejemplo del hundimiento de la víctima considerada muerta— había planeado con anticipación la posterior eliminación del cadáver. Con base en un criterio correcto, en casos de este tipo puede imputarse objetivamente el resultado, puesto que en él se ha realizado el peligro que el autor ha creado mediante el primer acto. Sin embargo, hay que preguntarse si la causación del resultado se produjo dolosamente.

379 La **teoría del *dolus generalis***, antiguamente dominante, pero que hoy prácticamente ya no es defendida, ve en ambos actos un único suceso compuesto de acciones, cuya segunda parte también es conducida por el dolo de homicidio[95]. Desde este punto de vista, existe un hecho doloso consumado.

380 Para la **opinión contraria**, los actos parciales del suceso constituyen dos **acciones independientes** y, por lo tanto, el dolo de homicidio ya no repercute en la ejecución de la segunda acción[96]. Precisamente, en la causación de la muerte a través de la segunda acción no se realizaría la peligrosidad de la primera acción dolosa, como consecuencia de lo cual, respecto a la primera acción, solo vendría en cuestión una punibilidad por tentativa (§§ 212, 22, 23.I). Entonces, en la ejecución de la segunda acción, el autor se encontraría bajo un error de tipo, como consecuencia de lo cual solo sería posible una punibilidad por homicidio imprudente (§ 222 en conexión con el § 16.I.2). En el resultado, los seguidores de esta opinión defienden, entonces, una sanción por tentativa de homicidio en concurso real con un homicidio imprudente (§§ 212, 22, 23.I, 53, 222).

94 *Jakobs*, AT, 8/77–79; SK-*Rudolphi/Stein*, § 16 n. m. 38.

95 Cfr. *Welzel*, Lb p. 74.

96 *Freund*, AT, § 7 n. m. 143; *Hettinger*, Spendel-FS, p. 237; *Kindhäuser*, AT, § 27 n. m. 50 y ss.; *Kühl*, AT, § 13 n. m. 48; *Maiwald*, ZStW 78 [1966], 30 y ss., 54; *Schlehofer*, Vorsatz, p. 177; en el resultado, también *Jäger*, Schroeder-FS, p. 241, 255; *Oğlakcıoğlu*, JR 11, 103.

Ninguna de las dos opiniones resulta satisfactoria, puesto que una continuación de los efectos del dolo de homicidio no puede afirmarse ni fundamentarse aisladamente en la segunda acción. El **punto de referencia** decisivo lo constituye, más bien, la **primera acción** cometida con dolo de homicidio. La segunda acción resultante de ella, con sus consecuencias adicionales, solo provoca, en el ámbito del suceso vital que aparece como una unidad, una desviación entre el curso del suceso real y el que se ha representado el autor, la cual tiene que considerarse como **no esencial** cuando la producción del resultado final se mantiene en los límites de lo previsible y tampoco representa un suceso inadecuado respecto a la voluntad de realización del autor [97]. 381

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 111 ss.

Junto a ellas hay otras propuestas de solución. En tal sentido, *Roxin*[98], entre otros, distingue, desde una perspectiva de la "realización del plan", entre los casos referidos a un comportamiento **intencional**, en los que existiría un hecho doloso consumado, y aquellos referidos a un comportamiento con **dolo simple**, en los que solo acepta una tentativa. *Vogel* se orienta por el hecho de si el curso causal no considerado por el autor le era **indiferente** en el sentido de que, aun en el caso contrario, el autor habría actuado[99]. *Schroeder* solo acepta el dolo cuando, de acuerdo con el conocimiento del autor, la primera acción ya resultaba **concretamente idónea para el resultado**, es decir, por ejemplo, cuando la víctima ya había sido lesionada mortalmente mediante aquella[100]. 382

Entonces, en el **caso n.° 7a**, debe señalarse lo siguiente. Si E sabe que L se encuentra en el granero existe dolo directo de homicidio. Si E solo considera esa presencia como posible, entonces, existe dolo eventual, siempre y cuando se haya conformado con el riesgo de muerte vinculado a su voluntad de alcanzar el objetivo deseado (suma del seguro). Por el contrario, existirá imprudencia consciente si E confió firmemente en que L no se encontraba en el granero; v. n. m. 322, 339. 383

En el **caso n.° 7b**, el error de W constituye un *error in persona* irrelevante. W es punible por un delito de homicidio consumado en perjuicio de J, v. n. m. 249a.

Por el contrario, en el **caso n.° 7c**, existe una *aberratio ictus*. W es punible por tentativa de homicidio contra F en unidad de hecho con un homicidio imprudente contra J, v. n. m. 363.

97 Más detalladamente, al respecto, S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 58; *Jescheck/Weigend*, AT, § 29 V 6 d; Lackner/*Kühl-Kühl*, § 15 n. m. 11; referido al caso: *Kalkofen/Sievert*, Jura 11, 229, 230 s.

98 *Roxin*, AT I, § 12 n. m. 184 y ss.; igualmente, *Gropp*, AT, § 5 n. m. 67a.

99 LK-*Vogel*, § 16 n. m. 72.

100 LK-*Schroeder*, 11. Edic., § 16 n. m. 31; similar: NK-*Puppe*, § 16 n. m. 85; *la misma*, AT, § 10 n. m. 26.

En el **caso n.° 7d**, la muerte de F depende de W. Sin la "segunda acción" efectuada con un fin de ocultamiento (hundimiento del supuesto cadáver en el lago), F habría muerto como consecuencia de las lesiones producidas por el disparo. La circunstancia de que, en el segundo acto del suceso, W se haya convertido sin saberlo en herramienta para la consumación de su delito doloso, no impide la imputabilidad objetiva y subjetiva del resultado de muerte, ni precisa de "ninguna otra valoración jurídica" en su favor (cfr. BGHSt 14, 193; 23, 133). En todo caso, no tiene ninguna relevancia si ha sido un tercero o el autor mismo quien ha arrojado el supuesto cadáver al agua. Puesto que tampoco es necesario que el dolo típico aún siga existiendo en el momento de la producción del resultado (RGSt 57, 193), W se ha hecho punible por el homicidio doloso **consumado** de F; v. n. m. 381.

Jurisprudencia actual sobre el § 7:

— BGH HRRS 16 Nr 156; igualmente, BGHSt 57, 183 (caso *Hurensohn*): Delimitación entre imprudencia consciente y dolo eventual con base en el elemento volitivo del dolo respecto a acciones violentas exteriormente peligrosas; objetivo amplio de la "teoría del nivel de inhibición"; cfr.306; 334 y ss.

— OLG Braunschweig NStZ 13, 593 (caso *Spenderorgan*): Dolo de homicidio respecto a pacientes pasados por alto en el marco de una manipulación de la concesión de órganos, bajo conocimiento de que el retardo era potencialmente peligroso para la vida, cfr. n. m. 333.

— BGH NStZ 16, 25 (caso *Mitbewohner*): La valoración del dolo eventual tiene que surgir de una consideración total de todas las circunstancias objetivas y subjetivas, siendo determinantes, junto a la peligrosidad objetiva de la acción (que el autor conoce), la concreta forma de ataque, la personalidad del autor, su condición psíquica en el momento del hecho y su motivación. Si bien, en caso de acciones violentas extremadamente peligrosas, se asume un dolo eventual, sin embargo, existen circunstancias (por ejemplo, alcoholización, situación afectiva) que indican que el autor no reconoció el peligro de muerte o confiaba en que esta no se produciría; el juez de los hechos tiene que ocuparse de ello; cfr. n. m. 336.

— BGHSt 56, 162 (caso *Wanduhr*): Inexistencia de dolo respecto a una desviación esencial del curso causal representado, aquí: importación controlada de drogas tras el descubrimiento por parte de las autoridades aduaneras; cfr. n. m. 374.

— BGH JR 16, 274 (caso *Metallstangen*), con discusión *Eisele*, JuS 16, 368: Error no esencial sobre el curso causal, cuando la víctima no muere como

consecuencia de los golpes con una barra de metal, sino como consecuencia de cuchillazos realizados posteriormente, en el marco de un encubrimiento del hecho, cfr. n. m. 377.

§ 8. La antijuridicidad. Tipo de injusto y tipo permisivo. Fundamentos y estructura de las causas de justificación

Caso n.° 8 384

A quiere quitarse de en medio a E, su acérrimo enemigo, para lo cual quiere dispararle en la cabeza. Por eso, A espera discretamente en el borde de la calle a E cuando este regresaba a su casa desde la universidad. Cuando A ve que E se acerca, apunta contra él y le dispara alcanzándolo mortalmente. Lo que A no sabe es lo siguiente: E quería matar de la misma forma a A. Él también había reconocido a su enemigo y —movido por la misma enemistad— coge su pistola y apunta contra A exactamente en ese momento. A se adelanta a E solo por una fracción de segundo. ¿Es punible A por un delito de homicidio doloso (§§ 211, 212)? **(n. m. 385, 388, 407, 430).**

I. El nivel valorativo de la antijuridicidad en la estructura del delito

En el **caso n.° 8**, A ha causado la muerte de E; este resultado también le es imputable objetivamente, como consecuencia de lo cual puede afirmarse que él ha configurado el tipo objetivo del homicidio. Él actuó con dolo de homicidio y, en tal sentido, también configura el tipo subjetivo del § 212. Dado que el homicidio ha estado motivado por el odio, existe además una circunstancia (subjetiva) del asesinato, correspondiente al 1.° Grupo ("motivos reprochables"), de modo que también se ha satisfecho el tipo del asesinato. 385

Surge la cuestión si, en la concreta situación, A ha actuado antijurídicamente.

1. La relación entre tipo y antijuridicidad

a) Una acción es **antijurídica** cuando **realiza** el **tipo de una ley penal** y no está cubierta por una **causa de justificación**. Ambos aspectos se complementan para que sea posible, de modo concluyente, realizar una declaración acerca de si el autor realiza un injusto y, en tal sentido, si ha actuado antijurídicamente. Pues con la **formulación del tipo penal**, tal como lo encontramos en el StGB —o en los preceptos penales fuera del StGB—, el legislador solo 386

describe de forma abstracta y general los comportamientos que prohíbe (o, en el caso de los delitos de omisión, manda) con el objetivo de proteger los bienes jurídicos (cfr. n. m. 9 y ss.), y qué comportamientos criminaliza debido a su merecimiento y necesidad de pena. Por consiguiente, existe también, en principio, una presunción de que aquel que lleva a cabo un comportamiento típico, **por lo regular**, también actúa antijurídicamente, como consecuencia de lo cual la tipicidad constituye un "**indicio**" de la antijuridicidad (v. n. m. 179).

Por eso, si bien la referencia preliminar relativa a la constatación de la antijuridicidad, que señala que "la tipicidad constituye un indicio de la antijuridicidad", es absolutamente correcta; sin embargo, en todos los casos ella debe ser analizada en los exámenes universitarios y no ser repetida sin mayor análisis.

387 Lo dicho resulta esencialmente distinto en los denominados **tipos "abiertos"** o "**que necesitan una complementación**". En estos tipos, la descripción típica es tan amplia que bajo ella también puede ser subsumido un comportamiento jurídicamente y por sí completamente "neutral". Por consiguiente, aquí la configuración del tipo no constituye un indicio de la antijuridicidad. La constatación independiente de la antijuridicidad prevista en la ley constituye, por consiguiente, un correctivo irrenunciable a esa amplitud del tipo, con cuya ayuda la punibilidad del comportamiento puede ser limitada[1] a una medida adecuada, correspondiente a la función de *ultima ratio* del derecho penal.

Como el ejemplo más importante de un tipo abierto puede mencionarse a la coacción (§ 240)[2] (v. n. m. 172). De acuerdo al § 240 II, una coacción solo es antijurídica cuando el empleo de la violencia o la amenaza del mal para alcanzar el objetivo deseado resulta *reprobable*[3]. Es decir, aquí el juicio de antijuridicidad no es indiciado por la utilización dolosa de un medio coactivo para alcanzar el fin de la coacción; de lo contrario, también el requerimiento de un docente a sus alumnos —socialmente adecuado en su totalidad y, por sí mismo, jurídicamente neutral—, según el cual todo aquel que no domina la última lección recibirá una mala nota, sería *prima facie* antijurídico. Sin embargo, cuando concurre una causa de justificación es posible negar la antijuridicidad, independientemente de la constatación de la reprobabilidad, frecuentemente compleja y muy

1 Más detalladamente, BVerfGE 73, 206; 92, 1; 104, 92.
2 Más detalladamente, BVerfGE 73, 206; 92, 1; 104, 92.
3 Más detalladamente, *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 421 y ss.; v. también *Haas*, Puppe-FS, S. 93, 102.

cargada normativamente, por lo cual en los tipos abiertos tienen que constatarse[4] las causas de justificación *siempre en primer lugar* en el nivel de la antijuridicidad. Puesto que un comportamiento justificado no puede ser reprobable, este paso de la comprobación tiene que negarse.

388 **b)** En el **reconocimiento de causas de justificación** —a diferencia de la constatación de la tipicidad—, se trata la cuestión acerca de si, en el **caso individual**, se puede hacer una excepción a la prohibición (o mandato) general, teniendo en cuenta los **concretos requisitos** descritos más detalladamente en las causas de justificación. Por medio de las causas de justificación, frente a los tipos penales se encuentran los **tipos permisivos**, que autorizan excepcionalmente el comportamiento típicamente lesivo para el bien jurídico.

> Los delitos de homicidio que resultan relevantes para el **caso n.° 8** refuerzan la prohibición general del homicidio "no debes matar" con una pena. De acuerdo con la voluntad del legislador, esta prohibición rige como regla general para todos los casos. Solo en especiales constelaciones de supuestos se permite una excepción para un caso individual, especialmente, cuando una persona solo puede salvar su vida matando a otra. Esta situación es comprendida en la causa de justificación de la legítima defensa, la que autoriza matar a un individuo bajo las estrictas circunstancias previstas en el § 32.

389 **c)** Esta autorización al autor genera un **deber de tolerancia** para el afectado por el hecho; él tiene que tolerar la acción justificada del autor y las consecuencias de esta, es decir, no le está permitido defenderse contra ella[5].

Por eso, la causa de justificación de la legítima defensa del § 32 exige una agresión "ilegítima". Cuando la agresión está cubierta por una causa de justificación falta la situación de legítima defensa, que permitiría a quien se defiende lesionar los bienes jurídicos de quien ejecuta una agresión legítima. En este caso, el atacado tiene que soportar la agresión. Si, a pesar de ello, se defiende, actúa antijurídicamente (lo que de nuevo legitimaría al otro a ejercer una legítima defensa). Sin embargo, la lesión de bienes jurídicos de terceros que no intervienen no está justificada[6] por el § 32, pero, en tal sentido, se puede deducir de otros preceptos (por ejemplo, del §§ 904, 228 BGB) una justificación de la intervención y, con ello, un correspondiente deber de tolerancia. Eventualmente, queda la posibilidad de que el obligado a tolerar recurra[7] a un estado de necesidad disculpante (§ 35) frente a la pretendida acción defensiva.

4 A favor de una integración de las causas generales de justificación en el § 240 II, *Küper*, JZ 13, 449, 451 y s.

5 BGH NStZ 03, 599.

6 RGSt 58, 27; BGHSt 5, 245, 248.

7 BGH NStZ 89, 431; crít. en cuanto a todo, *Graul*, JuS 95, 1049; más profundamente *Planas*, Wolter-FS, p. 439.

390 **d)** Puesto que una **participación** punible (§§ 26, 27) solo es posible respecto a un hecho antijurídico, se excluye una instigación o complicidad en relación con un comportamiento que está cubierto por una causa de justificación.

Sin embargo, en caso de un comportamiento adecuado a derecho del ejecutor inmediato, puede venir en consideración una autoría mediata del hombre de atrás (más detalladamente, n. m. 773 y ss.).

2. Fuentes del derecho y límites jurídico-constitucionales de las causas de justificación

391 **a)** En el ámbito de la determinación de la antijuridicidad, las **valoraciones** provienen de **todo el ordenamiento jurídico**. Es decir, un comportamiento que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico en conjunto, resulta conforme a derecho no puede ser sancionado, aun cuando configure un tipo penal. Ese es el fundamento del postulado de la **unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico**[8]. Por eso, las causas de justificación pueden no solo ser extraidas del Código Penal, sino ya de todo el ordenamiento jurídico.

392 **b)** Una fuente de posibles causas de justificación es, en especial, el **derecho legislado** (escrito), independientemente del ámbito jurídico.

Ejemplos: Los derechos **jurídico-civiles** del estado de necesidad y de autotutela (§§ 904, 228 BGB, así como §§ 229, 230, 859 BGB), los cuales, de acuerdo con las reglas del derecho civil, permiten excepcionalmente la intervención en el ámbito jurídico de otro, también tienen que tenerse en cuenta en el derecho penal (cfr. n. m. 431 y ss.). También un contrato de índole jurídico-civil puede excluir la antijuridicidad necesaria para la punibilidad como, por ejemplo, el contrato de transporte celebrado con la compañía de trenes respecto a la privación de libertad del pasajero durante el viaje (§ 239)[9]. Sin embargo, no está permido lo contrario: un comportamiento que —por ejemplo, como consecuencia de la infracción de un deber contractual— desde la perspectiva jurídico-civil es antijurídico, puede, no obstante, ser neutralmente valorativo desde un punto de vista jurídico-penal[10], es decir, no superar el umbral de la punibilidad (por ejemplo, como infracción del deber de fidelidad patrimonial). También las normas del **derecho público** pueden desplegar un efecto justificador. En tal sentido, las intervenciones coercitivas de las agencias de persecución penal típicas son legi-

8 Cfr. BGHSt 11, 241, 244; HK-GS-*Duttge*, Vorbem. zu §§ 32 y ss. n. m. 4; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 21; a favor de una primacía de los §§ 32, 34, en cambio: SK-*Hoyer*, Vor § 32 y ss. n. m. 6 y ss.

9 *Mitsch*, NZV 13, 417, 420.

10 *Beulke*, Eisenberg-FS, S. 245, 252; *Günther*, Spendel-FS, S. 189; *Roxin*, AT I, § 14 n. m. 36; *Wedler*, Kirchhof-FS, Bd II, § 126 n. m. 8 y ss.

timadas, por lo regular, mediante las normas procesales penales (por ejemplo, §§ 81a, 81c StPO, §§ 112 y ss. StPO).

c) Además de ello, también las **causas de justificación** fundamentadas en el **derecho consuetudinario** o **por analogía** pueden oponerse a la punibilidad (por ejemplo, el consentimiento). Para las causas de justificación también vale, en general, el principio de legalidad del art. 103 II GG, § 1 StGB (v. 394). Sin embargo, este no constituye ningún impedimento porque, de acuerdo con él, no está permitido recurrir al derecho consuetudinario y a la analogía solo para la fundamentación de la punibilidad o su agravación. En cambio, cuando se trata de la fundamentación de causas de justificación, esto siempre tiene un efecto **a favor del autor**. **393**

Naturalmente, no puede negarse que el reconocimiento de una causa de justificación del derecho consuetudinario (al igual que la fundamentación de esa causa basada en una deducción analógica) puede tener efectos *mediatamente* fundamentadores o ampliadores de la punibilidad para aquel cuyos bienes jurídicos han sido afectados por el autor con base en esa norma autoritativa. Pues quien es lesionado de ese modo tendría que tolerar la intervención. Si, no obstante, él se defendiera actuaría antijurídicamente y como consecuencia de ello, eventualmente sería punible. Sin embargo, de acuerdo con una opinión adecuada, una fundamentación o extensión de la punibilidad de esa clase solamente mediata no está comprendida por el art. 103 II.GG, puesto que, de lo contrario toda interpretación favorable al autor sería siempre problemática respecto a la punibilidad de terceros[11].

d) Claramente más problemático es el significado del art. 103 II.GG, cuando se trata de una **reducción (teleológica) de causas de justificación reconocidas**. Dado que este proceder lleva en el resultado, al igual que una aplicación analógica de un tipo penal, a la extensión de la punibilidad, puede divisarse aquí un conflicto con el principio de legalidad; en todo caso, si se reconoce correctamente que tiene que respetarse el principio de legalidad en la parte general del derecho penal[12], eso incluye también a las causas de justificación[13]. **394**

A favor de ello habla ya que el principio de legalidad debe garantizar que el ciudadano debe poder prever lo jurídico-penalmente prohibido de su comportamiento. Como con-

11 MK-*Schmitz*, § 1 n. m. 26; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 31; detalladamente, el mismo, Jura 16, 154; exhaustivamente, *el mismo*, Jura 16, 154.

12 V. solo arriba n. m. 74, así como S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 29; de otra opinión, por ejemplo, *Schroeder*, JZ 92, 990, 991.

13 De otra opinión, por ejemplo, *Krey*, JZ 79, 702, 711 y s.; resumidamente, sobre el principio de legalidad y las causas de justificación, *Satzger*, Jura 16, 154.

secuencia de ello, constituye el objeto de esta función de garantía no solo la extensión de lo abarcado por el tipo, sino también el ámbito de aquel comportamiento que es extraído de la prohibición por medio de la justificación. Además, como ya se ha expuesto (n. m. 74), la división entre una parte general y una parte especial solo se debe a la técnica legislativa del "entre paréntesis", pero no significa una diferenciación cualitativa. Esto se revela en el ámbito de las causas de justificación justamente en el hecho de que el StGB contiene[14] tales normas permisivas tanto en la parte general (por ejemplo, §§ 32, 34) como también en la parte especial (por ejemplo, § 193).

395 A modo de reflejo de la prohibición de la analogía en el nivel del tipo, una norma de permiso justificante no puede ser restringida más allá de su tenor literal. Conforme a la división entre interpretación (permitida) y analogía (no permitida) extraida en el nivel del tipo para la prohibición de la analogía, también en el nivel de la justificación el límite del **tenor literal de la ley** tiene que ser decisivo para la cuestión referida a si se ha infringido el art. 103.II GG. En consecuencia, existe una infracción del principio de legalidad cuando el intérprete, mediante la restricción de la norma autoritativa, deja de lado[15] la voluntad del legislador expresada en el texto de la ley. Es decir, no se puede imponer ninguna exigencia adicional a la justificación que exceda el texto de la norma autoritativa.

396 De ello se sigue que **no está permitido** extraer elementos adicionales restrictivos en el tipo de la justificación (**reducción teleológica**).

En tal sentido, por ejemplo, no estaría permitida la extracción de la exigencia de una ponderación general de bienes en la causa de justificación de la legítima defensa (§ 32), que sea adicional a los elementos contenidos en ella. Respecto a la igualmente no permitida complementación de los requisitos del § 34 mediante una "constatación conforme a deber", cfr. n. m. 477.

397 Por el contrario, está **permitida** una **interpretación restrictiva** que se mantenga[16] dentro de los **límites del tenor literal** de la causa de justificación.

Por eso, el desarrollo de grupos de casos respecto a los límites normativos del derecho de legítima defensa para una configuración más detallada de aquello que el legislador ha considerado como "necesario" en el § 32, cabe dentro de una interpretación aún

14 V. también *Engels* GA 1982 109, 119; NK-*Hassemer/Kargl* § 1 n. m. 72b, LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 64.

15 *Engels*, GA 1982, 109, 119; *Frister*, GA 1988, 315; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 30; de otra opinión *Roxin*, AT I, § 5 n. m. 42.

16 LK-*Dannecker*, § 1 n. m. 177; S/S-*Eser/Hecker* § 1 n. m. 18; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 30; otra opinión MK-*Schmitz*, § 1 n. m. 14.

permitida de la norma autoritativa[17], aun cuando los límites —como, en general, en la limitación de interpretación y analogía— resultan difusos (y, por eso, problemáticos) en los ámbitos periféricos.

Ello no se opone a que las **causas de justificación previstas en la ley penal**, que, en todo caso, en cuanto a su ámbito de aplicación jurídico-penal se encuentran sometidas[18] al principio de legalidad, puedan ser reducidas teleológicamente en otro ámbito del derecho —por ejemplo, en el derecho civil o en el derecho público— de acuerdo con la metolodogía de ese ámbito y en vista de la ausencia de la vigencia del art. 103.II GG. La posibilidad que surge de ello es que, bajo concretas circunstancias, un comportamiento, que configura en el derecho penal una causa de justificación (jurídico-penal), no lleve debido a la misma norma permisiva, a una justificación en el ámbito de aplicación extrapenal, lo que puede a primera vista contradecir el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico. Pero, desde una consideración más detallada, la distinción se muestra con base en las garantías explícitamente establecidas para el derecho penal y, por eso, resultará conforme al ordenamiento jurídico; por ello, al final solo se manifiesta la idea de lo fragmentario del derecho penal en el que está basado el ordenamiento jurídico en conjunto, es decir, que no todo comportamiento extrapenal clasificado como antijurídico tiene también que ser punible[19]. **398**

Además, de acuerdo con una opinión correcta[20], la prohibición de una reducción teleológica de las normas de permiso que fluye del art. 103.II GG, también tiene que valer para las **causas de justificación previstas extrapenalmente** (por ejemplo, normas autoritativas de derecho público o derechos de intervención de índole jurídico-civil), cuando se recurre a ellas para la justificación de un hecho punible. Dado que a través de la constatación de la antijuridicidad vienen en consideración todos los ámbitos del derecho para la comprobación de la punibilidad, resultaría arbitrario diferenciar entre causas de justificación jurídico-penales y causas de justificación extrapenales. Por ello, una falta de unidad en la comprensión de las causas de justificación, según el ámbito de aplicación, **399**

17 Así, también BGHSt 26, 143; S/S-*Eser/Hecker*, § 1 n. m. 14.

18 V. BVerfGE 95, 96, 132 s. (*Mauerschützen*); BGHSt 41, 101, 105, 111; *Erb*, ZStW 108 [1996] 266, 284 y ss.; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 64.

19 Igualmente, LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 63: vienen en consideración solo "causas específicas del ámbito jurídico"; sobre la lesión de la unidad del ordenamiento jurídico, *Günther*, Grünwald-FS 213, 216; *Roxin*, AT I § 5 n. m. 42.

20 NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 59, 67, LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 64; MK-*Schmitz*, § 1 n. m. 13.

no significa en realidad una contradicción ajena al ordenamiento jurídico; más bien este efecto tiene que aceptarse —debido a los distintos requerimientos de cada ámbito jurídico— como ya incluido en el ordenamiento jurídico.

3. Fundamentos de las causas de justificación

400 Las causas de justificación no se pueden reducir —de acuerdo con la opinión mayoritaria— a una única idea fundamental general[21]. Más bien existen diversos fundamentos que resultan relevantes[22] —sin embargo, no en la misma medida para cada causa de justificación—. Fundamental resulta el **principio del interés predominante**, según el cual la víctima tiene que soportar determinadas intervenciones orientadas a la protección de los intereses del rango más alto. Por ejemplo, si T, quien se encuentra abandonado en la zona, irrumpe durante una noche de invierno en la cabaña de E, para librarse de una muerte por congelamiento, entonces, los intereses de E que resultan lesionados (propiedad, derecho a disponer de la propia morada) son claramente menos relevantes que la salvación de la vida de T. Que E no pueda alegar que él no tenía ninguna relación con la puesta en peligro de la vida de T y que eso más bien constituiría un problema del autor, se sigue de otro principio importante, a saber, el principio de **solidaridad**. De acuerdo con este principio, a cada miembro de la sociedad le alcanza un deber de soportar[23], en cierta medida, intervenciones en los bienes jurídicos propios en caso de peligros relevantes para los bienes jurídicos de otros. Por otro lado, también resulta relevante —de modo individual o en combinación con el fundamento arriba mencionado— el principio de **autonomía** o **responsabilidad**, de acuerdo con el cual la libre decisión de la víctima puede representar el fundamento para la intervención de una causa de justificación. Esto vale especialmente para el consentimiento. Pero también para la fundamentación de la legítima defensa, que finalmente se basa en otros fundamentos específicos referidos a ella (protección de derechos individuales y defensa del derecho). El principio de autonomía es relevante, puesto que aquí el agresor actúa frecuentemente

21 Sin embargo, así la denominada teoría monista, cfr. por ejemplo, NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 46; *Otto*, AT, § 8 n. m. 5.

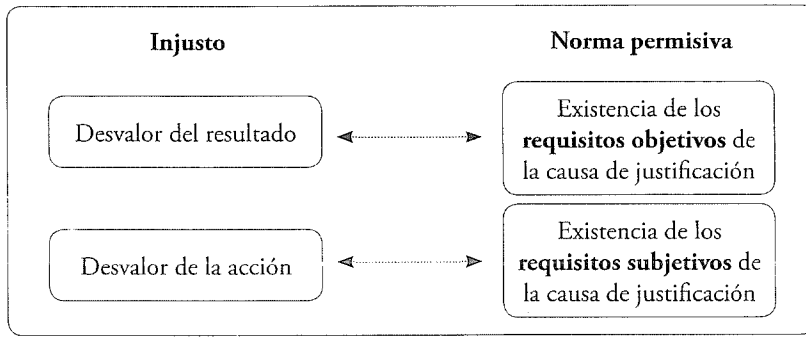
22 Respecto a las denominadas teorías pluralistas, v. el panorama en S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor § 32 n. m. 8, con notas adicionales.

23 Al respecto, de un modo integral, v. *Frisch*, GA 2016, 122 y ss.

con libre responsabilidad y todos los daños causados como consecuencia de la defensa del agredido caen[24] al final en su ámbito de responsabilidad.

4. Estructura de las causas de justificación como normas permisivas

a) De acuerdo con la actualmente casi unánime opinión, la estructura de las causas de justificación es similar a la del tipo en sentido restringido. Por eso aquellas, en tanto normas permisivas, contienen no solo **elementos objetivos de la justificación**, sino también un **elemento subjetivo de la justificación**[25]. La necesidad de un elemento subjetivo surge finalmente de la **teoría del injusto personal** (v. n. m. 150), según la cual el contenido de injusto de un hecho está determinado, de una parte, mediante su **desvalor de resultado** y, de otro lado, mediante su **desvalor de acción** (v. n. m. 29): la existencia de los requisitos objetivos de la correspondiente causa de justificación compensa el desvalor de resultado, pues la lesión del bien jurídico que se ha producido no es desaprobada jurídicamente bajo las circunstancias descritas en el tipo permisivo. Sin embargo, con ello no se aparta aún el desvalor de la acción existente en la comisión dolosa del hecho. Más bien, para ello, tiene que concurrir obligatoriamente un elemento subjetivo de justificación. 401


Injusto
Norma permisiva
Desvalor del resultado
Existencia de los **requisitos objetivos** de la causa de justificación
Desvalor de la acción
Existencia de los **requisitos subjetivos** de la causa de justificación

Que únicamente la existencia de los elementos objetivos de la justificación aún no puedan conducir a la ausencia de punibilidad, muestra una comparación con la *tentativa inidónea* (v. n. m. 880 y s.), pues también respecto a esta última falta un desvalor de resultado, porque el resultado, con base en razones objetivas, no se puede producir en absoluto (por ejemplo, el intento de disparar con un arma que no está cargada); sin embargo, el autor es

24 V. *Murmann*, Grundkurs, § 16 n. m. 8.

25 Aún de modo distinto, LK-*Spendel*, 11. ed. 2003, § 32 n. m. 138 y ss.; *el mismo*, Oehler-FS, S. 199 y ss.; *Rohrer*, JA 86, 363.

sancionado (cfr. § 23 III) por el desvalor de la acción (aquí: por una actuación con dolo de homicidio).

402 **b)** Sin embargo, se discute la **calidad del elemento subjetivo de la justificación**[26], en especial, si basta el conocimiento del autor respecto a la existencia de los requisitos objetivos de la justificación o si, además, tiene que concurrir un elemento volitivo.

403 Como **elemento cognitivo** se considera —paralelamente al dolo eventual— mayoritariamente como suficiente que el autor **considere posible** la existencia de los requisitos de la justificación y **actúe confiando en ello**[27]. En cambio, otros exigen que el autor tenga[28] un conocimiento positivo o **conocimiento seguro** de la existencia de los requisitos de la justificación. Además de ello, se considera tener en cuenta[29] exigencias subjetivas adicionales, especialmente, respecto a la acción de justificación.

404 La jurisprudencia y parte de la doctrina exigen adicionalmente, como **elemento volitivo**, que el autor actúe **para los fines de la justificación**, es decir, que su comportamiento se base en una motivación correspondiente al tipo permisivo. Regularmente, esto significa que el autor quiere salvar o defender[30]. A pesar de ello, muchos autores rechazan un elemento volitivo de ese tipo. Pues —de acuerdo con el argumento principal—, por ejemplo, a quien actúa con conocimiento de los requisitos de la legítima defensa se le sancionaría por la lesión del bien jurídico solo porque al final él no quiere defenderse, sino que persigue de modo relevante otros motivos (por ejemplo, venganza, odio); en tal sentido, se sancionaría el mero desvalor de la

26 Sobre el estado de la cuestión: B. *Heinrich*, AT, n. m. 387 y ss.; *Hillenkamp*, AT, S. 30; NK-*Paeffgen*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 91 y ss.; *Rönnau*, JuS 09, 594; con referencia a casos: *Mitsch*, ZJS 14, 192, 194.

27 OLG Naumburg NStZ 13, 718, con dudas *Jahn*, JuS 13, 1139; *Kühl*, AT, § 7 n. m. 132; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 y ss. n. m. 14; S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor § 32 n. m. 13; MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 89; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 n. m. 151.

28 LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 84 y ss.; similar, MK-*Erb*, § 32 n. m. 241.

29 Cfr. *Berster*, GA 2016, 36.

30 BGHSt 56, 11, 22 (caso *Partisanen*), BGH NJW 13, 2133, 2135; con discusión, *Satzger*, JK 12/13, StGB § 33; con observaciones críticas, *Brüning*, ZJS 13, 511 y *Engländer*, HRRS 13, 389; *Erb*, NStZ-RR 13, 371, así como *Jäger*, JA 13, 708; *Grosse-Wilde*, ZIS 11, 83; *Krey/Esser*, AT, § 13 n. m. 457 y ss.; *Rengier*, AT, § 17 n. m. 12; atenuado: *Alwart*, GA 1983, 453.

actitud interna de su comportamiento y, con ello, se apoyaría[31] de modo no permitido a un mero derecho penal de la actitud interna. Sin embargo, al mismo tiempo, se pasa por alto que aquel que no está dispuesto a defender el bien jurídico amenazado no solo abriga malas intenciones y una actitud reprochable, las cuales serían sancionadas, por así decirlo, independientemente y sin vinculación a un comportamiento. Más bien el comportamiento del autor motivado de esa forma y que lesiona un bien jurídico ya no se presenta como "defensa" o "salvación". De ahí que el desvalor de la acción existente en el nivel del tipo no se pueda compensar sin un elemento volitivo en el nivel de la justificación.

405 En consecuencia, desde una perspectiva subjetiva, pertenece a la legítima defensa una "voluntad de defensa" (cfr. n. m. 532), al estado de necesidad justificante una "voluntad de salvación", al consentimiento justificante un comportamiento basado en la renuncia al bien jurídico, al derecho de arresto —de acuerdo con el § 127 StPO— la intención de conducir al autor a la persecución penal, etc. Sin embargo, otros motivos como el odio, venganza o celos no obstan una justificación, siempre que, en el fondo, ellos no desplacen completamente a la voluntad de proteger el bien jurídico amenazado[32].

Puesto que, al final no se imponen exigencias demasiado altas al elemento volitivo de las causas de justificación, esta cuestión polémica solo tiene consecuencias prácticas excepcionalmente, y en los exámenes universitarios conduce raras veces a distintos resultados, debido a lo cual, por lo regular, no se necesita traer a colación la discusión al respecto.

406 **c)** Son discutidas las consecuencias que tiene la **ausencia del elemento subjetivo de la justificación**. De acuerdo con lo señalado hasta aquí (n. m. 401), no resulta convincente la opinión de la jurisprudencia del más alto rango y de una parte de la doctrina, que aceptan[33] una punibilidad por un hecho an-

31 Matt/Renzikowski-*Engländer*, Vor § 32 n. m. 7; *Kindhäuser*, AT, § 15 n. m. 9; *Loos*, Oehler-FS, p. 227, 235 y s.; MK-*Schlehofer*, Vor § 32 n. m. 95; *Murmann*, Grundkurs, § 25 n. m. 105; *Puppe*, AT, § 13 n. m. 5; *Roxin*, AT I, § 14 n. m. 97 y ss.; diferenciadamente, *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 16 n. m. 64; *Frister*, Rudolphi-FS, p. 45, 52 y ss.

32 OLG Koblenz StV 11, 622, con discusión *Jahn*, JuS 11, 655; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 5 n. m. 54.

33 RGSt 62, 138; BGHSt 2, 111, 114; BGH NStZ 05, 332, 334; NStZ 16 333 con obs. en contra, *Eisele* JuS 16, 366, 367 y *Bosch*, Jura (JK) 16, 702, así como *Rückert*, NStZ 16, 334; *B. Heinrich*, AT, n. m. 392; *Zieschang*, AT, n. m. 232.

tijurídico **consumado**. Más bien —de acuerdo con la literatura dominante[34] y la opinión que se halla cada vez con mayor fuerza en la jurisprudencia de los tribunales superiores[35]— tiene que sancionarse únicamente por **tentativa**: puesto que el desvalor del resultado vinculado con la realización del tipo a través de la situación de justificación objetivamente existente es compensado, el contenido de desvalor del hecho se limita —igualmente que en la tentativa inidónea (v. n. m. 401)— al desvalor subjetivo de la acción. De allí que parezca apropiado[36] un recurso a las reglas de la tentativa. Donde una tentativa no esté amenazada con una pena, ello llevará a la ausencia de punibilidad[37].

407 En el **caso n.° 8**, A configura los requisitos objetivos de la causa de justificación de la legítima defensa: existiría una situación propia de la legítima defensa en forma de una agresión antijurídica actual respecto a su vida, puesto que E había disparado mortamente contra él. Que A no sepa nada de la situación de legítima defensa y que, con ello, no concurran los requisitos subjetivos del tipo autoritativo, no puede conducir a que el § 32 quede sin ningún efecto. Más bien A solo puede ser sancionado por la tentativa de un delito de homicidio, aquí en el resultado por una tentativa de asesinato (§§ 211, 22, 23 I).

408 Indicación para el examen universitario tipo Klausur: dado que no se trata de una tentativa en sentido técnico, sino que solo tiene que aplicarse la regulación de la tentativa, la construcción no es sencilla. Por eso, se tendría que exponer, ya en el marco del delito consumado al nivel de la antijuridicidad, que vienen en aplicación las reglas de la tentativa. En la comprobación de la tentativa aparejada a ello, la verificación de que el resultado no se ha producido será reemplazada por la indicación a la ausencia de un injusto de resultado. Por lo demás, la tipicidad y la antijuridicidad tienen que constatarse solo de manera breve, puesto que las respectivas consideraciones ya fueron realizadas en el delito consumado. Únicamente en

34 HK-GS-*Duttge*, Vor § 32 n. m. 13; *Ernst*, ZJS 11, 382; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 200; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 274; SK-*Hoyer*, Vor § 32 y ss. n. m. 80; Hoven, GA 2016, 16; *Jäger*, AT, § 4 n. m. 129; *Jescheck/Weigend*, AT, § 31 IV 2; *Kretschmer*, Jura 98, 248; *Rengier*, AT, § 17 n. m. 18; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 90; *Roxin*, AT I, § 14 n. m. 102; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 n. m. 153; *Streng*, Otto-FS, p. 469, 474; para la ausencia de punibilidad, *Gropp*, Kühl-FS, p. 247, 256 y s.; *Rath*, S. 640; referido al caso *Eisele*, JuS 16, 366.

35 Cfr. OLG Celle, NdsRpfl 2013, 253 con discusión. *Jahn*, JuS 13, 1042; al respecto, también *Kuhlen*, FS Beulke, p. 153 y ss.; OLG Naumburg NStZ 13, 718 con observaciones *Jahn*, JuS 13, 1139.

36 Respecto a las preguntas de seguimiento respecto a la punibilidad de la omisión, v. *Hoven*, GA 2016, 16, 18 y ss.

37 Dado que no hay una tentativa imprudente, se excluye aquí una sanción por un hecho imprudente, *Kindhäuser*, LPK, Vor §§ 32-35 n. m. 18.

la culpabilidad y los otros requisitos de la punibilidad hay que realizar una discusión mas detallada[38].

▶ Casos de ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 307 y Klausurenkurs III n. m. 652.

d) También es posible el **caso inverso**: aunque exista el elemento subjetivo de la justificación (es decir, por ejemplo, la voluntad defensiva en la legítima defensa), si no se presentan los requisitos objetivos de la correspondiente causa de justificación, el autor actúa bajo un error que —cuando esto únicamente se basa en las circunstancias fácticas— se presenta como el denominado **error sobre el tipo permisivo** (por ejemplo, la asunción errónea de una situación de legítima defensa), o —cuando se trata de una representación jurídica errónea— tiene que caracterizarse como **error de permisión** (por ejemplo, representaciones erróneas respecto a los límites jurídicos de la legítima defensa). **409**

Ejemplo: Durante un paseo nocturno por un estrecho callejón, la asustadiza A escucha pasos acelerados que la siguen. Ella cree que un violador se le acerca. Sin pensarlo mucho, toma el espray de gas pimienta de su bolso, se voltea rápidamente y se lo rocía en los ojos a X. Sin embargo, X solo quería devolver a A el pañuelo que esta había perdido. Aquí, debido a la ausencia de agresión, falta ya una situación objetiva de legítima defensa. Si los requisitos fácticos del § 32 no concurren, A actúa en el denominado error sobre el tipo permisivo, el cual, de acuerdo con una correcta opinión, permite suprimir el reproche de una culpabilidad dolosa. Es decir, aquí A no puede ser sancionada por lesiones corporales dolosas por ausencia de culpabilidad, pero sí por lesiones corporales imprudentes.

Respecto a las consecuencias jurídicas de un error sobre el tipo permisivo (o de un error de permisión), v. en detalle n. m. 694 y ss., 711.

5. Terminología: antijurídicidad e injusto

Los conceptos **antijuridicidad** e **injusto** son con frecuencia usados en la literatura como sinónimos. Aunque esto no es erróneo, sin embargo, ambos conceptos pueden expresar algo distinto. Mientras que con la caracterización de un comportamiento como "antijurídico" solo se dice **que** este se encuentra en contradicción con el ordenamiento jurídico (en su totalidad), el concepto del injusto hace posible una cuantificación. En ese sentido, se puede decir que, por ejemplo, el injusto del homicidio tiene una relevancia considerablemente mayor que el injusto de los daños materiales. Finalmente, en el concepto del **410**

38 A diferencia de ello, *Kudlich* (JA 14, 587, 590) sostiene que —sin comprobación de tentativa— la mera constatación de que una sanción "tiene que seguirse de acuerdo con los fundamentos de la tentativa" es suficiente.

"injusto" entra igualmente (solo) el desvalor ético-social vinculado al hecho antijurídico.

411 Las causas de justificación también son denominadas en la literatura como "**causas de exclusión del injusto**". De acuerdo con la opinión dominante, ambas denominaciones tienen un significado equivalente. Según una opinión minoritaria[39], hay que distinguir entre **causas de justificación generales** (§§ 32, 34) y "**causas de exclusión del injusto penal especiales**" (por ejemplo, §§ 193, 218a II, situaciones similares al estado de necesidad). Las últimas no llevarían a la adecuación al derecho, sino solo a la exclusión del merecimiento de pena, así como a la renuncia a la desaprobación jurídico-penal del comportamiento típico.

II. Vista general sobre las causas de justificación más importantes

1. Un compendio de las normas de permisión (ampliamente) reconocidas

412 Debido al postulado de la unidad y no contradicción del ordenamiento jurídico, las causas de justificación pueden ser extraídas de cualquier ámbito del derecho. Por eso, no es posible compendiar en un catálogo definitivo las normas de permisión. Sin embargo, la siguiente relación contiene las causas de justificación más importantes e, incluso, para el orden de la comprobación del caso regular recomendado en los exámenes universitarios.

Sin embargo, por razones didácticas el tratamiento de las causas de justificación realizado en este manual se aleja de ese orden.

a) **Consentimiento justificante** y **consentimiento presunto** (renuncia a la protección de bienes jurídicos),
b) **Legítima defensa** (§ 32 StGB, § 227 BGB),
c) **Autotutela permitida** (§§ 229, 562b I, 859, 1029 BGB),
d) **Estado de necesidad jurídico-civil** (§§ 228, 904 BGB),
e) **Estado de necesidad general justificante** (§ 34 StGB, § 16 OWiG),
f) **Colisión de deberes justificante**,
g) **Defensa de intereses legítimos en caso de agravios contra el honor** (§ 193[40]),

39 *Günther*, Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluss, 1983, p. 255; Matt/Renzikowski-*Engländer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 3; crít. *Beulke*, Hanack-FS, S. 544; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. § 32 n. m. 8.

40 Con más detalles, *Swoboda*, Jura 07, 224; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 514.

h) **Derecho de corrección** de los padres,

i) **Derecho de arresto**, según el § 127 StPO y el § 87 StVollzG,

j) **Facultades de la función, derechos propios del servicio, deberes jurídicos especiales de funcionarios** (por ejemplo, según los §§ 81 y ss. StPO, §§ 758, 808, 909 ZPO),

k) **Derecho de resistencia política**, según el art. 20 IV GG.

2. Causas de justificación discutidas

413 **a)** Se discute si también el **riesgo permitido** viene en consideración como causa de justificación. Sin embargo, el riesgo permitido no puede reconocerse como figura jurídica independiente, más bien constituye un concepto genérico para situaciones estructuralmente distintas, en las que —como, por ejemplo, en el ámbito de la imprudencia por ausencia de seguimiento del cuidado requerido para el tráfico— la mayoría de veces falta[41] ya un desvalor del comportamiento jurídico penalmente relevante (v. n. m. 257 y ss.; cfr. también n. m. 935 y ss.).

414 **b)** La norma de permisión clásica, de acuerdo con la cual se concede a alguien derecho a un determinado comportamiento, tampoco corresponde al § 241a BGB. Al final, allí solo se dispone la ausencia de consecuencias de índole jurídico-civil en caso de destrucción, uso o consumo de una **cosa enviada que no se ha pedido**. Si bien el receptor de los bienes no pedidos no está legitimado por este precepto a la destrucción o consumo de la cosa, sin embargo, debido al postulado de la unidad del ordenamiento jurídico, este precepto también tiene que llevar, en el ámbito del derecho penal, a que tal comportamiento del consumidor quede impune. Pues el § 241a BGB prevé en la relación del empresario y el usuario una pérdida completa del derecho. De ello se sigue que al consumidor no le concierne ninguna obligación —tampoco el deber adicional de cuidar el patrimonio del empresario—. Pero solo puede entenderse en el sentido de que el comportamiento del consumidor está liberado del juicio de desvalor general del ordenamiento jurídico. Es decir, en tanto, por ejemplo, se hayan realizado los tipos penales de los daños materiales o de la apropiación indebida (§§ 303, 246), concurre[42] la causa de justificación del § 241.a BGB.

415 **c)** De acuerdo con una discutida opinión, también se puede extraer una causa de justificación respecto al "aprovechamiento o comunicación no autorizada

41 Acertadamente, *B. Heinrich*, AT, n. m. 518; *Herzberg*, JR 86, 6; *Jescheck/Weigend*, AT, § 36 I 1; *Kindhäuser*, GA 1994, 197; *Maiwald*, Jescheck-FS, S. 405; *Schürer-Mohr*, Erlaubte Risiken, 1998, p. 161.

42 *Bülte/Becker*, Jura 12, 319, 325; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 350; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 307; SK-*Hoyer*, § 303 n. m. 19; a favor de una exclusión del tipo: *Jäger*, Zurechnung, S. 29; con más detalle, *Hafi/Eisele*, Meurer-GS, S. 257; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 20, 320.

de secretos empresariales", en principio, punible (cfr. § 17.II.2 UWG) del § 158 StPO. Esto fue relevante, por ejemplo, en aquellos casos en los que informantes privados vendieron a las agencias de persecución penal alemanas datos bancarios suizos almacenados en CD por sumas millonarias para descubrir a defraudadores fiscales. Puesto que el § 158 StPO se basa en la **autorización a todo ciudadano de denunciar un delito**[43], es decir, de comunicar a las agencias de persecución penal determinados hechos que, en opinión del denunciante, suponen un motivo para una persecución penal, este precepto también puede, en principio, justificar[44] las otras revelaciones antijurídicas de datos bancarios secretos.

Que con la revelación de los datos —de modo realista, incluso, en primer término— el autor persiga un propósito lucrativo no quita al comportamiento su carácter de una denuncia penal legítima, puesto que si no, junto al conocimiento de los elementos objetivos de la justificación y a la voluntad de que se lleve a cabo un proceso penal, se introduciría un elemento moral (que no exista un interés económico), el cual de modo inaceptable concedería a aspectos de la actitud interna una fuerza decisiva para la cuestión de la justificación[45].

416 **d)** Que el **matar a combatientes enemigos en la guerra** resulta legítimo es supuesto, la mayoría de las veces, como algo evidente. La búsqueda de una fundamentación sólida para esta conclusión —pues de otro modo se resaltaría excesivamente una protección absoluta de la vida— que en ningún caso es clara, no logra los resultados esperados. Con frecuencia se conforma con la remisión al derecho consuetudinario o, en general, al derecho (internacional) de la guerra[46]. Aun cuando el derecho internacional público puede evidentementemente albergar normas permisivas que despliegan[47] un efecto justificante en el derecho nacional, en vano se busca una norma explícita de derecho internacional que autorice a matar en la guerra. A lo mejor, se puede argumentar que en tiempos de paz la ampliamente válida

43 Acertadamente, respecto a la denuncia penal como autorización, v. *Satzger*, Achenbach-FS, p. 451 y s., con notas adicionales.

44 De modo exhaustivo, *Satzger*, Achenbach-FS, S. 447, 451 s.; igualmente *Ostendorf* ZIS 10, 304; una autorización basada en esto también es sostenida por *von Schroth* 2011, 5; de otra opinión, *Ignor/Jahn* JuS 10, 392; *Sieber* NJW 08, 884. No rechaza esto con claridad, *Kelnhofer/Krug* StV 08, 661, de acuerdo con el cual el informante no habría tenido en el caso *Liechtensteiner* ninguna justificación para la revelación, "en todo caso, frente a la BND".

45 *Satzger*, Achenbach-FS, p. 447, 453.

46 Cfr. solo BGHSt 23, 103; 49, 139; de acuerdo, por ejemplo, *Gribbohm*, NStZ 05, 38 y s.

47 V. solo LK-Rönnau, Vor § 32 n. m. 302.

prohibición de matar, es dejada sin vigencia por medio del derecho de guerra, por lo menos en gran parte —especialmente, cuando no sea aplicable el derecho internacional humanitario—. Pero incluso entonces quedan dudas: ¿fundamenta realmente el **levantamiento de la prohibición** de matar al mismo tiempo un **permiso** de matar? Esta cuestión aún no ha sido definitivamente aclarada[48].

e) En qué medida el recurso a **derechos fundamentales** puede llevar a una justificación tampoco ha sido suficientemente aclarado. Sin ningún problema puede recurrirse a los derechos fundamentales para conseguir una interpretación conforme a la Constitución de las causas de justificación reconocidas. Resulta intensamente discutido[49] si, además de ello, un efecto de justificación inmediato por medio de los derechos fundamentales es posible de modo general o solo en casos individuales. Sin embargo, por lo regular, esto fracasa[50] debido a la gran indeterminación de los derechos fundamentales. **417**

3. Causas de justificación y ejercicio de funciones

a) Es intensamente discutido si también los funcionarios públicos pueden[51] remitirse, en el ámbito del ejercicio de su autoridad, a las causas de justificación, en especial, a los §§ 32, 34.

Ejemplo: El policía P es colocado en el mundo de las drogas como agente encubierto (cfr. § 110a II StPO). Él se gana poco a poco la confianza de los distribuidores de las drogas. Si no quiere ser descubierto como "infiltrado" tiene que tomar parte en un robo con fractura contra un deudor moroso. Temiendo por su vida, P se compromete a ello y toma parte en el delito. Aquí surge la cuestión de si P —como policía en servicio— puede invocar la justificación de su intervención en el hecho punible "condicionado al medio", con base en el § 34, debido al peligro inminente para su vida. **418**

48 Más profundamente e instructivo: *Eser*, Schöch-FS, S. 461; especialmente sobre las denominadas muertes colaterales, v. *Merkel*, JZ 12, 1137 y *T. Zimmermann*, JZ 14, 388.

49 Cfr. solo S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. § 32 n. m. 65a; S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor § 32 n. m. 29, con notas adicionales.

50 Respecto al art. 4 GG cfr., por ejemplo, OLG Jena NJW 06, 1892 y s.; *Böse*, ZStW 113 [2001] 40, 42; *Tiedemann*, Verfassungsrecht und Strafrecht, 1991, S. 36 y s.

51 Resumiendo, la discusión: *Hillenkamp*, AT, S. 40; con referencia a casos, *Ambos/Rackow*, Jura 06, 943, 945.

419 Las intervenciones de la autoridad requieren siempre de una autorización especial (reserva de la ley) que, en caso de su actuación ante inculpados, puede estar contenida sobre todo en el StPO o si no, en especial, en las leyes de la policía de los *Lands*. Una extendida opinión quiere **prohibir**[52] **de modo general** un recurso a las causas de justificación al funcionario público, considerando que las causas de justificación no serían normas de autorización del derecho público y que una defensa como particular que esté cubierta por causas de justificación no sería necesaria cuando el funcionario público actúa en ejercicio de sus funciones.

420 Parcialmente, se realiza una única excepción en el sentido de que el funcionario público podría recurrir a la causa de justificación de la legítima defensa (§ 32 II.1) con relación a **fines de defensa propia** (pero no respecto a otras causas de justificación y especialmente tampoco a la defensa de terceros, según el § 32 II.2), puesto que la mera defensa propia no pertenecería[53] a las tareas policiales/estatales propias.

421 Una **opinión diferente** opone a ello la función de *ultima ratio* del derecho penal y, por esa razón, pretende separar estrictamente la antijuridicidad según el derecho policial de la antijuridicidad según el derecho penal. Si bien la existencia de los presupuestos de una causa de justificación general no podría excluir que, desde una perspectiva del derecho de policía, el comportamiento del funcionario público sea antijurídico, sin embargo, desde el punto de vista del derecho penal[54], sería conforme a derecho. Una desintegración de la antijuridicidad policial y la penal estaría, sin embargo, en contradicción con el postulado de la unidad del ordenamiento jurídico y, por esa razón, debe ser rechazada. Más bien, no se entiende, en cuanto al punto de partida, por qué un funcionario público —también en las actuaciones del servicio— ya de antemano no podría gozar de las causas de justificación generales. Aquel es

52 *Jahn*, Das Strafrecht des Staatsnotstandes, 2004, S. 247 y ss.; *Jakobs*, AT, 12/42 y ss.; NK-*Kindhäuser*, § 32 n. m. 84; NK-*Paeffgen*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 151; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 220; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 34 n. m. 4.

53 *Amelung*, JuS 86, 329, 329, 332; *Fahl*, Jura 07, 743, 744 y s., 749; B. *Heinrich*, AT, n. m. 398; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 276.

54 *Böse/Kappelmann*, ZJS 08, 290, 295 f; *Ellbogen*, Jura 05, 339, 341 f; *Erb*, Jura 05, 24, 29; *Klose*, ZStW 89 [1977] 61, 78; *Lackner/Kühl*, § 32 n. m. 17; *Reinhardt*, ZJS 13, 493, 496; SK-*Günther*, § 32 n. m. 17; § 24 n. m. 15 s; *Otto*, AT, § 8 n. m. 57 y s.

un ciudadano "con uniforme", que no puede tener una posición desventajosa respecto a un privado sin razón alguna, sobre todo si con especial frecuencia está involucrado en situaciones peligrosas.

De modo correcto, las causas de justificación no pueden entenderse solo como una evitación de la estructura de las competencias públicas; aquellas no constituyen facultades de intervención del Estado, ni tampoco las amplían. Es decir, allí donde el legislador ha adoptado una **regulación definitiva** de las facultades de intervención de derecho público —pero también solo entonces— el funcionario público queda sometido a ella y no puede recurrir a la mayor parte de las causas de justificación generales. Esto corresponde también a la **opinión dominante**[55]. **422**

En el ejemplo de arriba, de acuerdo con las dos opiniones restrictivas, los **delitos del agente encubierto relativos a su ámbito de actuación** no pueden justificarse por ausencia de una aplicabilidad general del § 34. Según la teoría diferenciadora, que tenía que afirmar la antijuridicidad respecto al derecho policial (puesto que el legislador no ha previsto una autorización de derecho público para la comisión de hechos de esa clase), el resultado tal como señala la opinión dominante depende de si concurren los presupuestos del § 34 (lo cual resulta bastante dudoso), teniendo que preguntarse adicionalmente, con la aquí también preferida opinión dominante, si el legislador ha adoptado en el §§ 110a y ss. StPO una regulación definitiva. Esto podría parecer dudoso debido a la formulación contenida en el § 110c S. 3 StPO ("En lo demás las autorizaciones del agente encubierto se rigen por esta ley *y otros preceptos legales*"); sin embargo, al final se trata de una regulación definitiva referida a una norma de derecho público; en cambio, las causas de justificación generales no conceden justamente ninguna autorización en el sentido de este precepto[56]. **423**

Además, es muy discutido si para el **uso policial de armas de fuego** puede recurrirse al § 32. De acuerdo con la opinión también defendida aquí, esto está permitido[57] tanto para la propia defensa como para los fines de la defensa **424**

55 Cfr. BGHSt 27, 260, 262 y s.; BGH NJW 58, 1405; BGH NStZ 05, 31; BayObLG JZ 91, 936 con una discusión, *Rogall*, JuS 92, 551; *Joecks*, § 32 n. m. 60; *Kasiske*, JA 07, 509, 513; *Kühl*, § 7 n. m. 153; el mismo, Jura 93, 233, 238; *Norouzi*, JA 05, 306, 308; *Radtke/Schwer*, JuS 03, 580, 584 y s.; *Rengier*, AT, § 18 n. m. 96; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 112 y s.; *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 n. m. 94 y s.; limitando esto: *Béguelin*, GA 2013, 473; de otra opinión, *Amelung*, JuS 86, 329, 336 y s.; a favor de la exclusión de la punibilidad: Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 32 n. m. 41; *el mismo*, Nothilfe, S. 228 y ss.

56 V. *Beulke*, StPO, n. m. 267.

57 *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 276; *Kühl*, Jura 93, 233, 236; *Paeffgen*, FS-Beulke p. 213, 221; S/S-*Perron*, § 32 n. m. 42b f; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 112.

de terceros; las leyes de policía del derecho de los *Land* no representan, en ese sentido, una regulación más estricta, sino que, por lo regular, contienen —por el contrario— reservas al derecho de defensa (por ejemplo, para Bavaria § 60.II PAG: "Sin perjuicio de los efectos jurídico-civiles y jurídico-penales, de acuerdo con los preceptos de la legítima defensa y el estado de necesidad"). Sin embargo, el policía que utiliza armas —contrariamente al resto en cuanto al § 32— está sometido[58] al principio de proporcionalidad, válido para toda actuación estatal.

425 El § 193 resulta igualmente aplicable para declaraciones contra el honor en el ámbito de las actuaciones de las autoridades, y al § 127.I StPO pueden recurrir no solo personas privadas, sino también funcionarios públicos.

426 **b)** Conviene observar que el derecho procesal penal contiene[59], en el § 161 StPO, una **amplia fundamentación de las intervenciones referidas a actuaciones de la autoridad** —en forma de cláusula general—, respecto a intervenciones no graves en los derechos fundamentales. Por consiguiente, un recurso a las causas de justificación generales, especialmente al § 34 zB, en relación con la compra de CD con información sobre tributos conseguidos ílegítimamente en el extranjero, con el objetivo de descubrir a "evasores de impuestos" (casos de Liechtenstein), no es posible, pero tampoco necesario. En vista de los principios de primacía y reserva de ley, el § 34, en tanto falte un fundamento de delegación especial en la ley, no puede ser reinterpretado[60] para una autorización general de investigación que llegue aun al § 161 StPO.

427 **c)** A ese contexto pertenece también, por último, la discusión respecto a la denominada **tortura con fines de salvamento (Rettungsfolter)**, es decir, la cuestión si, en el marco de las situaciones de interrogatorios, la amenaza de tortura por parte de funcionarios públicos puede estar excepcionalmente justificada por la defensa de terceros, para proteger un bien jurídico personalí-

58 V. solo *Stratenwerth/Kuhlen*, § 9 n. m. 94.

59 Fundamental, BVerfG NJW 09, 2876.

60 Cfr. respecto a este ámbito problemático en general: *Ignor/Jahn*, JuS 10, 390; *Ostendorf*, ZIS 10, 301; *Schünemann*, NStZ 08, 305; *Sieber*, NJW 08, 881, 884; por lo menos decae la "adecuación" (v. n.° 317): *Heine*, Roxin II-FS, S. 1087; con relación al caso: *Fahl*, ZJS 09, 63; de otra opinión, *Kölbel*, NStZ 08, 214; diferenciadamente, *Erb*, Roxin II-FS, S. 1103; v. también *Satzger*, Achenbach-FS, S. 447; respecto a una valoración de Derecho Procesal Penal: BVerfG JZ 11, 249 con observaciones *Wohlers*; *Beulke*, StPO, n. m. 481; *Satzger*, I. Roxin-FS, S. 421.

simo, suponiendo naturalmente que no se rechace la aplicación de las causas de justificación generales respecto a funcionarios en ejercicio de sus funciones (ver n. m. 419):

Ejemplo (según el caso *Daschner*[61]): G era sospechoso de haber secuestrado a J, hijo de un banquero proveniente de Fráncfort. Sin embargo, ante los agentes policiales que llevan a cabo el interrogatorio, G se rehúsa a realizar cualquier declaración respecto al paradero de J. Preocupándose por la vida de J, el presidente de la policía (D) ordena a los funcionarios encargados del interrogatorio amenazar a G con sufrimientos corporales extremos si él no revela el lugar donde se encuentra J. Como consecuencia de esta amenaza, G realiza una confesión. Aquí surge la cuestión respecto a si la coacción de G, clasificable como tortura, está justificada por medio de la defensa de terceros (§ 32 II Alt. 2). En el caso original, J ya estaba muerto al momento del interrogatorio, de modo que solo existía la situación de una defensa de terceros putativa (caso de un error sobre el tipo permisivo, véase al respecto, abajo n. m. 534, 693 y ss.).

El derecho vigente contiene una prohibición absoluta de la tortura. El derecho constitucional, el derecho internacional y el derecho ordinario preven **prohibiciones de la tortura** en el art. 1.I.1 —en conexión con el 79 III—, 104 I 2 GG, art. 3 EMRK, en la Convención contra la Tortura de la ONU, § 136a StPO, así como en el derecho policial, las cuales expresamente también comprenden[62] casos extremos. Además, el art. 1.I GG declara la inviolabilidad de la dignidad humana y la sustrae, en ese sentido, de cualquier ponderación[63]. Tampoco puede distinguirse entre una amenaza (permitida) y una ejecución de la tortura (no permitida); igualmente, se prohíbe una distinción entre la causación de un sufrimiento leve y uno relevante[64].

61 LG Frankfurt/M. NJW 05, 692 (caso *Daschner*) con discusión *Jeßberger*, Jura 03, 711; *Kudlich*, JuS 05, 376; *Neuhaus*, GA 2004, 521; en el resultado como aquí: Beutler, Strafbarkeit der Folter zu Vernehmungszwecken, 2006; *Fahl*, Jura 09, 234; *Hassemer*, Maihofer-FS, S. 181, 202; *Jäger*, JA 08, 678; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 259; *Roxin*, Nehm-FS, S. 205; *Saliger*, ZStW 116 [2004], 35, 48 y s.; también *Beulke*, StPO, n. m. 134a; *Kühl*, Jung-FS, S. 433; más profundamente, *Merkel*, Jakobs-FS, S. 375.

62 EGMR NStZ 08, 699 y NJW 10, 3145 (caso *Gäfgen*) con observaciones *Weigend* StV 11, 325; sobre los fundamentos históricos, v. solo *Pösl*, Verbot der Folter, p. 79 y ss.

63 *V. Bernstorff*, JZ 13, 905; *Kahlo*, Hassemer-FS, p. 383, 414 y s.; *Greco*, GA 2007, 628; *Stern*, Kirchhof-FS, Bd I, § 16 n. m. 9 y ss.; de otra opinión, *Brugger*, JZ 00, 165; *Wagenländer*, Zur strafrechtlichen Beurteilung der Rettungsfolter, 2006, S. 199 y s.; en el sentido de una causa de exculpación referida al caso concreto: *Ambos*, Loos-FS, p. 5, 13.

64 De otra opinión respecto a la amenaza *Herzberg*, JZ 05, 321; *Schünemann*, GA 2007, 644, 647 nota 8; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 n. m. 95; respecto a infracciones mínimas, *Hilgendorf*, JZ 04, 331; Lackner/*Kühl-Kühl*, § 32 n. m. 17a; *Otto*, JZ 05, 473; parcialmente también *Fahl*, JR 04, 182.

En el ejemplo, la justificación jurídico-penal del funcionario que lleva a cabo la tortura fracasa respecto al § 32 (defensa de terceros) por razones referidas al carácter requerido (cfr. n. m. 508) y respecto al § 34 (estado de necesidad respecto a terceros) por razones de proporcionalidad (cfr. n. m. 471). Tampoco una supuesta justificación *iusnaturalista* del derecho de defensa de terceros puede superponerse[65] en ningún caso a las prohibiciones de tortura.

428 De la punibilidad de la tortura se sigue, como conclusión en contrario, que la omisión de salvación de víctimas por medio de la tortura no es punible por el §§ 212, 13 o el § 323.c (v. también n. m. 497)[66]. La cuestión acerca de si, y en qué medida, la prohibición de la tortura con fines de salvación también tiene[67] que referirse a privados, se halla aún actualmente en el discurso científico[68].

4. Concurrencia de diversas causas de justificación

429 La mayoría de veces **varias causas de justificación** que comprenden a los mismos hechos son aplicables independientemente unas de otras y, dado el caso, unas junto a otras (como, por ejemplo, los §§ 229, 859 BGB junto al § 32 StGB); solo en casos excepcionales una de ellas es desplazada por otra. Ante todo, esto tiene relevancia en el caso del estado de necesidad justificante. Aquí la ley prevé, en los §§ 228, 904 BGB, preceptos especiales que regulan la justificación de los efectos sobre las cosas (ajenas). En tanto *leges speciales*[69], aquellos tienen prioridad[70] respecto al § 34 StGB, que tiene un carácter general y que funge como ultima *ratio* para la situación conflictiva de naturaleza extraordinaria.

65 *Bott*, In dubio pro Straffreiheit?, 2011, p. 124; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 254; de otra opinión, *Erb*, NStZ 05, 593; *el mismo*, Seebode-FS, S. 99; *Eser*, Hassemer-FS, S. 713; similar en el resultado, *Jerouschek*, JuS 05, 296.

66 De otra opinión, *Kühl* AT, § 7 n. m. 156a; más profundamente, *Mitsch*, Roxin-FS, p. 639 y ss.

67 A favor, *v. Scherenberg*, Die sozialethischen Einschränkungen der Notwehr, 2009, S. 256; en contra, *Engländer*, Nothilfe, p. 331 y ss.; sobre él: *Jäger*, RW 10, 12; *Reschke*, JuS 11, 50, 55; más profundamente, *Greve*, ZIS 14, 236.

68 De modo exhaustivo y llamando la atención sobre el carácter requerido de la legítima defensa, rechaza esto: *Pösl*, Verbot der Folter, p. 261y ss., 285 y s.

69 Sobre el principio *lex specialis derogat legi generali* (una ley especial desplaza a una ley más general), v. *Vogel*, Juristische Methodik, p. 63.

70 Cfr. *Erb*, JuS 10, 17, 19; *Lackner/Kühl-Kühl*, § 34 n. m. 14; *Seelmann*, Das Verhältnis des § 34 StGB zu anderen Rechtfertigungsgründen, 1978, p. 75; *Thiel*, Die Konkurrenz von Rechtfertigungsgründen, 2000, p. 225 y ss.; distinto, *Hellmann*, Die Anwendbarkeit der zivilrechtl. Rechtfertigungsgründe im Strafrecht, 1987, p. 106 y ss.; s. auch *Gropengießer*, Jura 00, 262; *Heger*, JA 00, 188; *Roxin*, AT I, § 14 n. m. 47.

Indicación para el examen universitario: esta circunstancia debe ser tenida en cuenta en el informe jurídico-penal, constatando los §§ 228, 904 BGB antes que el § 34.

En el **caso n.° 8**, A ha matado a E dolosamente y, puesto que ha actuado motivado por odio, también ha configurado el elemento del asesinato referido a los móviles bajos. En ese sentido, A realizado el tipo del asesinato (§ 211). Una justificación total está excluida: al mismo tiempo él no puede ser sancionado por asesinato consumado, sino solo por una tentativa (§§ 211, 22, 23 I). Pues el injusto del resultado de su hecho es compensando con la existencia de los presupuestos objetivos de la causa de justificación (§ 32); el desvalor de la acción restante se hace valer, de acuerdo con una opinión acertada, mediante una sanción por tentativa. **430**

Jurisprudencia actual respecto al § 8:

— OLG Naumburg NStZ 13, 718: Si un autor que actúa objetivamente en estado de necesidad (§ 34) carece del conocimiento respecto a la situación del estado de necesidad, entonces, solo puede ser sancionado —contrariamente a la jurisprudencia del BGH— por tentativa (cfr. n. m. 406).

— OLG Celle, NdsRpfl 2013, 253 (con discusión, Jahn, JuS 13, 1042): Si existen los presupuestos objetivos de la legítima defensa y únicamente faltan los presupuestos subjetivos del § 32, entonces, decae el injusto de resultado del hecho cometido y queda una punibilidad por tentativa (cfr. n. m. 406).

— BGHSt 56, 11 (caso *Partisanen*) y BGH NJW 13, 2133, así como BGH NStZ 16, 333 (caso *Flucht*): Necesaria motivación de la defensa en la legítima defensa; cfr. n. m. 404.

§ 9. Causas de justificación I. El estado de necesidad justificante (§§ 228, 904 BGB; § 34 StGB)

Caso n.° 9 **431**

a) La cocinera K, que trabaja para la veterinaria de T, se ha citado con P, paciente de un hospital. Puesto que está lloviendo, K utiliza el paraguas de T sin consultarle. Camino al punto de encuentro, K es atacada por el perro Rex, el cual pertenece a S, quien se halla distraído. Al no ver otra forma de evitar ser lesionada gravemente, K golpea a Rex con el paraguas mientras huía, como consecuencia de lo cual le rompe dos dientes. El paraguas de T se destruye. ¿El comportamiento de K es adecuado a derecho o es antijurídico? (**n. m. 436 s, 439; 441 s, 478**).

b) V es transportado al hospital gravemente lesionado. Para sobrevivir, necesita inmediatamente una transfusión de sangre. Sin embargo, él pertenece a un grupo sanguíneo extremadamente raro. El único que puede convertirse en donante es P, quien goza de una salud óptima. A pesar de que los médicos asistentes A y B le explican a P que V necesita su sangre y que no hay otro donante a disposición, P se niega a hacerlo. Para salvar la vida de V, A y B extraen sangre de P en una cantidad suficiente para la primera transfusión, para lo cual usan la fuerza, ya que P se había rehusado. ¿Tiene que considerarse el comportamiento de A y B como adecuado a derecho o como antijurídico[1]? (**n. m. 444, 473, 475, 478**)

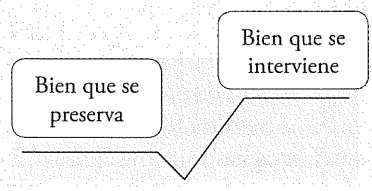
432 Como **estado de necesidad** se define un estado de peligro actual para intereses jurídicamente protegidos, cuya evitación solo es posible a costa de intereses ajenos.

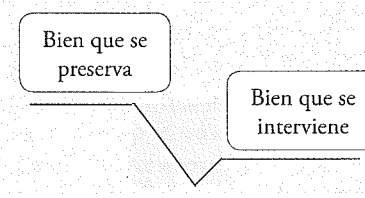
433 El derecho vigente distingue entre el estado de necesidad justificante y el estado de necesidad exculpante:

434 Los casos de **estado de necesidad justificante** (§§ 228, 904 BGB, § 34 StGB, § 16 OWiG) se basan en el **principio del interés predominante**. Como consecuencia de la ponderación de bienes e intereses, la acción de salvación aparece aquí como el medio adecuado para alcanzar un fin justificado.

Sin embargo, el criterio de ponderación previsto legalmente varía: si el afectado ha contribuido al surgimiento de la situación de peligro, entonces, sus intereses tienen una relevancia menor que los de un afectado que no ha intervenido en absoluto en el surgimiento de la situación:

- § 34 StGB: El bien que se preserva *predomina esencialmente* sobre el bien respecto al que se interviene.
- § 904 BGB: Los daños al bien que se preserva *serían desproporcionalmente mayores* frente a los daños en el bien respecto al cual se interviene.
- § 228 BGB: Los daños en el bien en el que se interviene *no son desproporcionados* respecto al bien que se preserva.





1 Ejemplo de acuerdo con *Gallas, Mezger*-FS, pp. 311, 325.

En cambio, en un **estado de necesidad exculpante** (§ 35) se trata de la colisión de intereses del *mismo valor* y de conflictos en los que al autor, a pesar de la vigencia de un mandato de deber, **no se le exige un comportamiento adecuado a la norma**[2]. Aquí el ordenamiento jurídico ejerce, a modo de indulgencia (a pesar de una desaprobación jurídica del hecho), una renuncia a la imposición de un reproche de culpabilidad[3]. 435

I. El estado de necesidad jurídico-civil

En el **caso n.° 9a**, K no ha hurtado el paraguas de T (§ 242.I), puesto que, al momento de la sustracción, ella tenía la voluntad de devolverlo y, en ese sentido, ella carece del ánimo de apropiación imprescindible en el hurto (al respecto, *Wessels/Hillenkamp* n. m. 156 y ss.). El mero uso no autorizado de un paraguas es impune a diferencia de cuando ello se refiere a un automóvil o a una bicicleta (v. § 248b.I). Sin embargo, el hecho de haber dañado el paraguas al utilizarlo como medio de defensa configura objetiva y subjetivamente el tipo de los daños materiales (§ 303.I); en cuanto al dolo, en K existe por lo menos *dolus eventualis*. Igualmente, la lesión del perro configura el tipo del § 303.I, puesto que, desde un punto de vista jurídico, un perro constituye una cosa (v. n. m. 82). Aquí viene en cuestión si, en la concreta situación, K ha actuado **antijurídicamente**. 436

En el derecho civil se encuentran dos regulaciones sobre el estado de necesidad que tienen como objeto una intervención dañosa sobre cosas ajenas. En consecuencia, se trata de **causas de justificación especiales respecto a un daño material** (§ 303)[4].

1. Estado de necesidad defensivo (§ 228 BGB)

En el **caso n.° 9a**, K no se encontraba en una situación de legítima defensa frente al perro Rex que la atacaba, puesto que una agresión que puede valorarse como antijurídica solo puede provenir de personas (cfr. n. m. 483). En caso de una puesta en peligro por medio de animales o de objetos inanimados viene en cuenta el § 228 BGB en lugar del § 32 StGB (RGSt 34, 295). Por consiguiente, aquí tienen que aplicarse las reglas jurídico-civiles del estado de necesidad. Sin embargo, aún hay lugar para el § 32 cuando un agresor humano suelta los perros contra personas (BGHSt 14, 152). 437

2 Más profundamente, *Momsen*, Zumutbarkeit, p. 252 y ss.
3 Instructivo, *Küper*, JuS 87, 81; *Roxin*, JuS 88, 425.
4 V. solo *B. Heinrich*, AT, n. m. 482, 489.

438 La justificación de la **defensa de cosas** en un **estado de necesidad defensivo** (§ 228 BGB) se basa en la idea fundamental de que el interés de defensa del sujeto amenazado tiene que ser más valorado que el interés del propietario en la conservación de una cosa, cuyo estado es puesto en peligro por otro y obliga a medidas defensivas.

De acuerdo con esto, el daño o la destrucción de cosas ajenas no es contrario al derecho cuando resultan necesarios para evitar, **mediante ellos**, un peligro inminente para intereses de cualquier clase que sean dignos de protección y el daño no sea desproporcionado respecto al peligro. El § 228 BGB prescinde de la exigencia de una prevalencia valorativa del bien jurídico amenazado, porque la acción de evitación se dirige **contra la cosa como tal que crea el peligro**. Solo viene en cuenta un deber de indemnizar para quien actúa en un estado de necesidad cuando él ha creado el peligro (§ 228 S. 2 BGB); la conformidad de su defensa con el derecho queda intacta de acuerdo con la opinión dominante[5].

439 Por consiguiente, en el **caso n.° 9a**, la lesión del perro Rex estaba justificada de acuerdo con el § 228 BGB (no se necesita una invocación del § 34 StGB; v. n. m. 429). En consecuencia, no existen daños materiales punibles.

440

1. Presupuestos objetivos
   a) Situación del estado de necesidad ("**mediante un peligro inminente**").
      - Peligro actual e inminente para un bien jurídico.
      - Por medio de una cosa ajena.
   b) Acción del estado de necesidad.
      - Necesidad ("para la evitación [...] necesario").
      - Idoneidad.
      - Medio relativamente más benigno.
      - Ponderación de intereses ("**no desproporcionalmente**").
2. Requisitos subjetivos (= elemento subjetivo de justificación).
   a) Con conocimiento de la situación del estado de necesidad.
   b) Con voluntad de salvación (discutido).

2. Estado de necesidad agresivo (§ 904 BGB)

441 En el **caso n.° 9a**, la destrucción del paraguas de T (§ 303.I), utilizado como medio de defensa por K, podría estar justificada de acuerdo con el § 904 BGB.

5 Más profundamente, *Pawlik*, GA 2003, 12.

A diferencia del § 228 BGB, el § 904 BGB permite, en casos del **estado de necesidad agresivo**, la intervención sobre ciertas cosas que no se encuentran en ninguna relación respecto a la fuente de los peligros.

Según este precepto, el propietario no puede prohibir el **acceso a sus cosas** si la **intervención es necesaria para la evitación de un peligro actual** y el daño inminente es **desproporcionalmente mayor** frente al daño que proviene de la intervención sobre la cosa.

La idea fundamental de esta regulación yace en la **solidaridad de la comunidad jurídica**, que en determinados casos de necesidad exige del individuo una cierta medida de sacrificio.

Sin embargo, al propietario que no ha intervenido se le exige el **sacrificio** de su cosa en interés ajeno solo bajo la concesión de un derecho de indemnización (§ 904 S. 2 BGB) y bajo la condición de que la **ponderación de bienes** se imponga **claramente a favor del sujeto amenazado por el peligro**[6].

En el **caso n.° 9a**, K se vio expuesta a un peligro relevante para su integridad corporal como consecuencia de la agresión del perro. Puesto que el perro no podía ser ahuyentado y que ella no tenía otra posibilidad de defensa, es aplicable el § 904 BGB. Por consiguiente, no existen daños materiales antijurídicos (§ 303.I) respecto al paraguas, pero de todos modos K está obligada a indemnizar a T. **442**

Vista general sobre los presupuestos del estado de necesidad agresivo, § 904 BGB **443**

1. Presupuestos objetivos.
   a) Situación del estado de necesidad ("**peligro actual**").
      - Peligro actual para un bien jurídico.
   b) Acción del estado de necesidad.
      - Necesidad ("necesario [...] para la evitación").
      - Idoneidad.
      - Medio relativamente más benigno.
      - Ponderación de intereses ("**daños inminentes** [...] **desproporcionalmente mayor**").
2. Requisitos subjetivos (= elemento subjetivo de justificación).
   a) Conocimiento de la situación del estado de necesidad.
   b) Con voluntad de salvación (discutido).

6 Cfr. BGHZ 92, 357.

II. El estado de necesidad justificante general

444 En el **caso n.° 9b**, A y B amenazan a P con actuar violentamente para extraerle sangre y salvar a V. Durante la intervención, ellos le impiden hacer uso de su libertad de movimiento. Ese comportamiento realiza objetiva y subjetivamente el tipo de las coacciones (§ 240.I), del secuestro (§ 239.I) y de las lesiones corporales peligrosas (§§ 223, 224.I Nr 4). Sin embargo, el § 34 (estado de necesidad justificante) podría venir en consideración como norma permisiva para A y B. Hay que verificar la concurrencia del § 34 para las coacciones antes de la reprochabilidad general (v. n. m. 194).

445 El **estado de necesidad justificante general** ha sido desarrollado en la jurisprudencia como "estado de necesidad supralegal" a partir del principio de la ponderación de bienes y deberes. Aunque anteriormente aquel era reconocido[7] sobre todo en casos de interrupción del embarazo indicada por razones médicas, hoy es válido para la colisión de intereses de toda clase[8]. Entretanto, sus presupuestos han sido fijados legalmente en el § 34 StGB.

1. La situación de necesidad

446 La necesaria **situación de necesidad** requiere un peligro actual para la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad o para otro bien jurídico, que no pueda ser evitado de otra forma que mediante la intervención sobre intereses igualmente reconocidos jurídicamente.

447 **a)** Según esto, son idóneos para el estado de necesidad aquellos **bienes jurídicos del individuo y de la comunidad**, siempre que en la situación concreta ellos sean **merecedores y estén necesitados de protección.**

448 Puesto que la protección de **bienes jurídicos de la generalidad** incumbe, en principio, a los organismos estatales, de acuerdo con una acertada opinión, los particulares no pueden invocar[9] la causa de justificación de **defensa de terceros** (§ 32.II alt. 2) a favor del Estado (denominada "defensa a favor del Estado"). En cambio, **la regulación del estado de necesidad** del § 34 puede legitimar en casos excepcionales, estrechamente limitados, un comportamiento

7 RGSt 61, 242; 62, 137; BGHS t.2, 111; 14, 1; Hilgendorf/*Weitzel-Zieschang*, p. 173.

8 BGHSt 12, 299; *Küper*, JZ 05, 105; *el mismo*, Notstand, p. 101.

9 *Jescheck/Weigend*, AT, § 32.II 1 b; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 80; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 36 y ss.; aA RGSt 63, 220; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 32 n. m. 3; S/S-*Perron*, § 32 n. m. 6.

dirigido a la protección de bienes jurídicos de la comunidad cuando las instituciones estatales no pueden intervenir a tiempo.

Ejemplo:[10] Un ciudadano que impide que otro conduzca en estado de ebriedad sustrayendo sus llaves, en circunstancias en que no es posible conseguir la ayuda de la policía en ese momento, está justificado mediante el estado de necesidad.

El fundamento de esta distinción radica especialmente en que la referencia "a otro" en el § 32 II expresa una relación interpersonal, mientras que, en el § 34, ello se entiende como una simple delimitación respecto a los bienes jurídicos del autor[11]. 449

En cambio, los **bienes jurídicos individuales** del Estado son idóneos **tanto para la legítima defensa como para el estado de necesidad.**

Ejemplo: El ciudadano X evita que el agresor Y dañe un automóvil perteneciente a la oficina estatal de construcciones

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III n. m. 709 y 711.

Falta una **necesidad de protección** de los bienes jurídicos, por ejemplo, en caso de daños inminentes de aquellos bienes que han sido objeto de una disposición jurídicamente válida por parte de su titular. El **merecimiento de protección** desaparece cuando la pérdida del valor que viene en cuestión tiene que ser tolerado con base en consideraciones jurídicas (como, por ejemplo, en la pérdida de la libertad de movimiento por la ejecución de la pena). 450

b) Como **peligro actual** tiene que entenderse aquel estado cuya evolución **permite temer seriamente** la producción o la agravación de un daño si no se toman las medidas de evitación inmediatas[12]. 451

10 Cfr. OLG Frankfurt NStZ-RR 96, 136.

11 Cfr. *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 13; S/S-*Perron*, § 34 n. m. 10; de otra opinión, *Arzt*, Rehberg-FS, p. 29; Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 34 n. m. 17; SK-*Günther*, § 34 n. m. 23 y s.

12 RGSt 66, 222; BGH NStZ 88, 554; *Otto*, Jura 99, 552.

452 La **afirmación de un tal peligro** surge, en todo caso, de un juicio de probabilidad referido a las circunstancias existentes en el momento de la acción y que pronostica el desarrollo del suceso que puede esperarse. Este diagnóstico de los hechos y la prognosis no dependen únicamente del conocimiento y la perspectiva de aquel que actúa bajo un estado de necesidad (posiblemente, en error), sino del punto de vista de un **observador objetivo**. Para la valoración de la situación concreta y del peligro resultante de ella, es decisivo el juicio de determinación *ex ante* de un tercero experto, quien se basará en la experiencia general correspondiente y en el posible conocimiento especial de quien actúa en estado de necesidad[13].

453 Aquellas circunstancias que existen únicamente en la imaginación de quien actúa en estado de necesidad no fundamentan una situación de peligro en el sentido del § 34 y pueden llevar a la aceptación de un **estado de necesidad putativo**, cuyas consecuencias jurídicas se orientan por las **reglas del error** válidas (cfr. n. m. 697 y ss.).

454 c) Un peligro en el sentido del § 34 también puede ser un **peligro permanente**. Con ello quiere decirse un estado de peligro amenazante de duración más prolongada, el cual (como, por ejemplo, el estado ruinoso de un edificio o la proclividad de un bebedor a maltratar a su cónyuge cada vez que abusa del alcohol) **en cualquier momento** puede transformarse en un perjuicio para un bien jurídico, pero sin excluir la posibilidad de que la producción del daño aún pueda tomar algún tiempo. Ese peligro permanente es **actual** cuando es tan urgente que solo puede[14] ser evitado eficazmente a través de un comportamiento inmediato.

455 Según esto, la actualidad de un **peligro** es más amplia que la actualidad de la agresión en el sentido del § 32. Esto tiene relación con la diferencia entre **peligro** y **agresión**. El estadio de la agresión de la legítima defensa requiere una aguda gravedad del peligro, es decir, por lo menos una **inminencia inmediata** del comportamiento dañoso para un bien jurídico (cfr. n. m. 487).

13 Más detalladamente, al respecto, BayObLG StV 96, 484; *Jescheck/Weigend*, AT, § 33.IV 3 a; J. *Kretschmer*, Jura 05, 662; LK-*Zieschang*, § 34 n. m. 29; *Rengier*, AT, § 19 n. m. 9; v., al respecto, también S/S-*Perron*, § 34 n. m. 27, el que quiere limitar el juicio *ex ante* al pronóstico basado solo en circunstancias realmente existentes; igualmente, MK-*Erb*, § 34 n. m. 62 y ss.

14 BGHSt 48, 255, 258 (*Familientyrann II*); BGH JR 80, 113 (caso *Spanner*) con discusión *Koch*, JA 06, 806; BGH NStZ-RR 06, 200; AnwK-StGB-*Hauck*, § 34 n. m. 5; *Hillenkamp*, *Miyazawa*-FS, p. 141, 154; *el mismo*, JZ 04, 48; *Küper*, *Rudolphi*-FS, p. 151; crít. *Dencker*, Frisch-FS, p. 477.

2. La acción necesaria

La acción del **estado de necesidad** tiene que ser **objetivamente necesaria** 456
("no evitable de otro modo") como medio para conjurar el peligro y estar orientada **subjetivamente por una voluntad de salvación** (v. n. m. 401 y ss.). Resulta irrelevante si quien ha actuado quiere evitar el peligro para sí o para otro; la ley resalta expresamente la posibilidad de un **estado de necesidad a favor de terceros.**

Solo puede ser **necesario** aquello que resulta **idóneo** para conjurar el peligro[15] y que, bajo la consideración de todas las circunstancias reconocibles desde una **perspectiva *ex ante*** por parte de un observador experto, lleva con cierta probabilidad a la conservación del bien puesto en peligro[16]. Cuando existen diversos medios adecuados, tiene que elegirse el medio **relativamente más benigno**[17]. Si existe la posibilidad de evitar el peligro o si puede recurrirse a la ayuda de la autoridad, entonces, tiene que realizarse ello. Aquí surge una clara diferencia reconocible respecto al § 32, pues, en el caso de la legítima defensa, no se necesita que el derecho retroceda ante lo injusto[18]. 457

3. Ponderación de intereses y cláusula de adecuación

La justificación de la acción del estado de necesidad depende de una ***doble*** 458
valoración, la cual comprende, en primer lugar, el **rango de los intereses en colisión**, y en segundo lugar, la **adecuación ético-social del hecho**. La acción del estado de necesidad, objetivamente necesaria y subjetivamente guiada por una voluntad de salvación, no es antijurídica cuando:

a) En la ponderación de los intereses en colisión, es decir, de los bienes jurídicos afectados y del grado del peligro que los amenaza, el interés protegido por el autor **excede considerablemente** el interés perjudicado (= ponderación de intereses)[19], y

15 OLG Düsseldorf NZV 08, 470 (caso *Stuhldrang*).
16 BGHSt 2, 242.
17 OLG Düsseldorf NJW 06, 630.
18 Cfr., al respecto, BGHSt 39, 133 con observaciones *Roxin*, NStZ 93, 335; AnwK-StGB-*Hauck*, § 34 n. m. 21; crít. *Pelz*, NStZ 95, 305.
19 *Arzt*, Rehberg-FS, p. 25; *Beulke*, Herzberg-FS, p. 605; *Hilgendorf*, JuS 93, 97, 100.

b) El hecho es un **medio adecuado** para conjurar el peligro (= cláusula de adecuación)[20].

459 En la ponderación de intereses tienen que considerarse todos los intereses dignos de protección, que son afectados por el conflicto mediata o inmediatamente en el caso concreto, ya sea como un bien a conservar o como un bien objeto de intervención. Aquí **tiene que considerarse en especial**:

— La clase y origen, así como la intensidad y proximidad del peligro.

— La clase y extensión del daño inminente.

— El rango y el valor de los bienes jurídicos en colisión.

— Los deberes especiales de soportar el peligro (por ejemplo, respecto a agentes de policía, soldados y bomberos).

— Los especiales deberes de protección (por ejemplo, como consecuencia de una posición de garante; cfr. n. m. 1004 y ss.).

— El objetivo final perseguido por el autor.

— La eventual irreparabilidad del daño realizado.

— La magnitud de las posibilidades de salvación (mientras menos posibilidades de éxito corresponda a la acción de salvación, mayor es la moderación que se exige respecto a la intervención sobre intereses ajenos).

▶ Más detalladamente, *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 134.

460 Como muestra la comparación con el § 35.I (cfr. § 35.I 2 Alt. 1), la aplicabilidad del § 34 no está excluida cuando quien actúa en estado de necesidad o el titular del bien jurídico amenazado ha **causado** la situación de necesidad. No obstante, esta circunstancia —de forma similar al estado de necesidad defensivo de naturaleza jurídico-civil— tiene consecuencias respecto al criterio de ponderación en relación con la **ponderación de intereses** (v. arriba n. m. 438).

20 Más detalladamente, *Joerden*, GA 1991, 411.

En cambio, la opinión contraria no quiere considerar la causación, por parte de quien actúa en estado de necesidad, en la ponderación en perjuicio del bien que se conserva y, en ese sentido, aunque tiene el hecho concreto por justificado, considera que existe espacio para un reproche penal, vinculando este al comportamiento previo, es decir, a la causación culpable de la situación de necesidad, denominada ***actio illicita in causa*** (cfr. n. m. 527)[21].

4. Problemas concretos de la ponderación de intereses y de la cláusula de adecuación

a) En el estado de necesidad general también se puede distinguir —como en el estado de necesidad jurídico-civil— entre el **estado de necesidad agresivo** y el **estado de necesidad defensivo**. Respecto a una acción de defensa realizada en un estado de necesidad defensivo, que únicamente tiene efectos en la esfera de los bienes **de aquel que origina el peligro**, se permite daños cualitativa y cuantitativamente más intensos (en caso necesario, incluso, la lesión corporal de quien ha causado el daño) en comparación con un estado de necesidad **agresivo**, en el que se haya afectado a **terceros que no han intervenido**. Esto se sigue del fundamento del § 228 BGB, que prevé un principio jurídico general, que va más allá de la materia referida a la defensa de cosas regulada allí y que tiene que incluirse adecuadamente en la ponderación de intereses del § 34[22]. 461

En tal sentido, el BGH consideró acertadamente, en el caso *Spanner*, que una lesión corporal (disparo con una pistola en los glúteos y en el lado izquierdo sin causar daños corporales duraderos) podría estar excepcionalmente justificada a través de un estado de necesidad porque el mirón contra quien disparó el marido había venido aterrorizando a la pareja matrimonial por medio de su aparición misteriosa reiterada en el dormitorio durante meses y no se podía obtener ayuda policial[23].

21 Al respecto, BayObLG NJW 78, 2046; *Beck*, ZStW 124 [2012], 660, 667 y ss.; *Gropp*, AT, § 6 n. m. 138 y ss.; *Rengier*, AT, § 19 n. m. 36; *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 51; S/S-*Perron*, § 34 n. m. 42.

22 Así, la opinión dominante, cfr. *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 74; S/S-*Perron*, § 34 n. m. 30; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 34 n. m. 2; *Zieschang*, JA 07, 679, 683; a favor de una causa de justificación de acuerdo con el § 228 BGB analógicamente: Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 34 n. m. 5, 47 y ss.; *Frister*, AT, 17. cap., n. m. 21; NK-*Neumann*, § 34 n. m. 86; crít. MK-*Erb*, § 34 n. m. 152 y ss.; v. también *Frisch*, Puppe-FS, p. 425.

23 Lamentablemente deja abierta la cuestión BGH JR.80, 113 con observaciones críticas en ese sentido, *Hirsch* und *Tenckhoff*, JR.81, 225; como aquí, también *Küper*, Notstand, p. 15; *Roxin*, *Jescheck*-FS, p. 457; dudoso *Pawlik*, Notstand, p. 312; Cfr. además BGH NStZ 89, 431.

462 **b)** De acuerdo con una opinión acertada, esta también es la razón decisiva por la que, en el denominado **estado de necesidad por coacción**, quien actúa no puede estar justificado por el § 34.

Un estado de necesidad por coacción existe cuando al mismo tiempo el autor es víctima de una coacción (§ 240), es decir, cuando es coaccionado[24] a un hecho antijurídico mediante violencia o amenaza con un peligro actual y no evitable de otro modo para la vida, integridad o libertad de sí mismo, un pariente o una persona cercana a él.

En definitiva, aquí el autor en estado de necesidad —aunque involuntariamente— se coloca de parte del injusto, por eso él no requiere de la solidaridad de la comunidad jurídica (n. m. 400). Si, a pesar de ello, se justificase su comportamiento, se privaría a la víctima del derecho de legítima defensa, puesto que faltaría una agresión antijurídica. Por eso, el apuro en el que se encuentra el autor en el estado de necesidad por coacción solo puede ser considerado en el marco del estado de necesidad exculpante en caso de lesiones de bienes jurídicos que resulten relativamente leves (detalladamente, al respecto, v. n. m. 664).

463 **c)** La ponderación de intereses que se efectúa en el § 34 permite, ante todo, una justificación en casos de **lesión de intereses formales del ordenamiento o daños similares no relevantes** (por ejemplo, exceso de velocidad para salvar un herido de gravedad[25]). Debido a la relativa irrelevancia de la infracción contra el deber de revelar el estado civil de la madre (cfr. § 169), también se puede justificar el archivo anónimo de un recién nacido en la institución encargada de ello (**Babyklappe**) cuando solo de ese modo puede salvarse la vida del niño[26]. En cambio, habrá que imponer exigencias más altas para la justificación de un comportamiento mientras más personal sea el bien jurídico afectado y mientras más duraderos sean los efectos de la acción del estado de necesidad en la autonomía de la autodeterminación personal. Sin embargo,

24 Esto vale naturalmente solo cuando según la causal se satisface por lo menos las condiciones del § 34, v. al respecto *Kudlich/Oğlakcıoğlu*, JA.2015, 426, 427.

25 BayObLG NJW 91, 1626; OLG Düsseldorf NStZ 90, 396.

26 *Beulke*, Herzberg-FS, p. 605; MK-*Ritscher*, § 169 n. m. 22; SK-*Schall*, § 169 n. m. 24; en vista de la identidad de la autora y las fuentes de peligro, la solución de este caso es muy discutida; de otra opinión, *Wiesner-Berg*, Anonyme kindesabgabe in Deutschland und der Schweiz, 2009, p. 198; v. también *Hamper*, Babyklappe und anonyme Geburt, 2010; *Hassemer/Eidam*, Babyklappen und Grundgesetz, 2011; *Jancker, Die anonyme geburt*, 2012; *Teubel/Käßmann*, ZRP 10, 63. La Gesetz zur vertraulichen Geburt (BGBl I, p. 3458; al respecto, *Becker*, Brudermüller-FS, p. 1), que entró en vigencia el 1.5.2014, no cambiaría en nada la existencia de las denominadas Babyklappen (de momento). Cfr. BT-Drucks. 17/12814, p. 2.

por ejemplo, según estos criterios, también viene en consideración una justificación basada en un estado de necesidad cuando el médico infringe su deber de mantener el secreto profesional para informar a la pareja sexual de uno de sus pacientes, también tratada por él, de que este es portador del sida[27] (sobre el deber de comunicar, cfr. n. m. 1011).

d) Por el contrario, **matar a otro mediante un hacer activo jamás** puede es- **464**
tar justificado por sí mismo con base en una situación de estado de necesidad, sino, en cualquier caso, exculpado con base en el § 35[28]. Esto corresponde a la opinión de la literatura completamente dominante, al menos en los casos de **estado de necesidad agresivo**, en los que se actúa sobre el bien jurídico de una persona que no ha intervenido.

En ese sentido, fracasa una justificación, por ejemplo, en el clásico caso de la *tabla de Carnéades* —dos náufragos se sientan sobre una tabla que solo soporta a una persona, uno de ellos arroja al otro al agua— o en el denominado caso *Mignonette* —los náufragos, sin agua que beber ni alimentos que consumir, matan y se comen al grumete, quien ya se hallaba inconsciente, para asegurar así su supervivencia—[29] (cfr. n. m. 659).

Sin embargo, la valoración tampoco puede resultar distinta en los casos de **465**
estado de necesidad defensivo, en los cuales se sacrifica bienes jurídicos de aquel que puede ser caracterizado como una fuente de peligro (así, por ejemplo, en los denominados "casos de tiranos familiares", en los cuales se da muerte a un miembro de la familia que representa[30] un grave peligro para la vida de los otros). Cuando, por el contrario, la literatura ya dominante considera incluso la muerte como adecuada en casos extremos[31], ello contradice el principio de la **protección absoluta de la vida**[32], que proscribe sin

27 OLG Frankfurt NStZ 01, 149 con observaciones aprobatorias *Wolfslast*.

28 Cfr. BGHSt 46, 279 con observaciones *Rigizahn*, JR 02, 427; AnwK-StGB-Hauck, § 34 n. m. 9.

29 *Jäger*, ZStW 115 [2003], 765; *Lenckner*, Der rechtfertigende Notstand, 1965, p. 27; LK-*Zieschang*, § 34 n. m. 74; *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 33; distinto *Koriath*, JA 98, 250; *Pawlik*, Notstand, p. 326; el mismo, Jura 02, 26; *Renzikowski*, JR 01, 470; SK-*Günther*, § 34 n. m. 43; limitándolo a la "víctima de muerte voluntaria", *Mitsch*, Weber-FS, p. 61 y ss.

30 BGHSt 48, 255 (*Familientyrann II*) con observaciones *Hillenkamp*, JZ 04, 48 y *Rengier*, NStZ 04, 233.

31 *Günther*, Amelung-FS, p. 147; Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 34 n. m. 51; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, p. 246 s.; *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 78.

32 *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 2.

excepción un recurso al § 34, porque el ordenamiento jurídico protege[33] de forma completamente igual toda vida humana, ya a causa de su existencia real, independientemente de la persona y sin considerar la edad y la previsible duración de la vida restante.

466 Lo mismo vale para los casos denominados como de "comunidad de peligros", en los que la **vida de la víctima** se habría **perdido de todas maneras** y la restante duración de la vida solo es reducida para salvar a otro.

Ejemplo: En un viaje por las montañas realizado durante el invierno, A y B eligen, a insistencia de A, un atajo peligroso, lo que trae como consecuencia que ambos caigan y queden colgados de una soga, la cual los conecta uno con otro sobre un profundo despeñadero. En esta situación, ambos se encuentran bajo el peligro de una muerte segura. A podría ascender aún por su propia fuerza y salvar su vida si cortara la soga en la que B (lesionado y temporalmente inconsciente) cuelga debajo de él. Antes de que sus fuerzas también desaparezcan, A corta la soga y se salva a costa de B, quien halla la muerte al caer en la quebrada.

Aquí surge la cuestión sobre si excepcionalmente esa prohibición de matar desaparece porque solo su inobservancia ofrece la posibilidad de conservar al menos *una* vida humana y salvarla de la, de otro modo inevitable, muerte[34]. Sin embargo, el principio de la absoluta protección de la vida tampoco permite ninguna excepción en constelaciones de esa clase. En el caso *Bergsteiger*, anteriormente mencionado, no se podía partir de que B, quien se encontraba colgado más abajo, había perdido su derecho a la vida. Incluso, un único segundo de sobrevivencia de B, condenado a morir, no es menos valioso que una vida posiblemente duradera por muchos años más de A, que se ha salvado. Por eso, a A no le corresponde ningún derecho de terminar con la vida de B, cortando la soga, en el marco del estado de necesidad defensivo. Por su parte, tampoco se puede privar a B del derecho a defender a su tiempo de vida restante (aun cuando sea escaso), por ejemplo, mediante un disparo contra A, quien se encuentra colgado sobre él (denom. **prueba de legítima defensa**).

467 Tampoco en casos de **secuestro de un avión por medio de terroristas** pueden ser sacrificados los pasajeros, quienes no intervienen de ningún modo, para rescatar un mayor número de otras personas. Si bien el legislador ha autorizado expresamente, en el § 14.III LuftSiG, al ministro de defensa federal a permitir que se dispare contra una nave aérea cuando ella (como en el caso de los atentados del 11 de setiembre del 2001 contra el World Trade Center en Nueva York) sea utilizada contra la vida de otras personas, sin embargo, el BVerfG ha de-

33 *Küper*, JuS 81, 785; S/S-*Perron*, § 34 n. m. 24; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 34 n. m. 23.

34 *Erb*, JuS 10, 108, 111; *Hirsch*, Küper-FS, p. 149; *Koch*, GA 2011, 129; NK-*Neumann*, § 34 n. m. 76 y ss.; *T. Zimmermann*, Rettungstötungen, 2009, p. 422.

clarado la nulidad *ex tunc* de ese precepto[35]. En concordancia con la opinión aquí defendida respecto al caso *Bergsteiger*, el BVerfG también deriva del art. 1 GG (dignidad de la persona humana) el principio de la imponderabilidad de la vida humana y ello con independencia del número de las personas sacrificadas o salvadas. Acertadamente, no se atribuye relevancia al argumento de que, en el caso concreto, puede tratarse de la renuncia a una vida de todos modos casi perdida. Es decir, el derribo de un avión no puede justificarse mediante una norma especial de autorización, ni mediante el **estado de necesidad justificante,** según el § 34[36]. Sin embargo, es imaginable —aunque tampoco está exento de problemas— para aquellos casos extremos una solución al nivel de la culpabilidad, concretamente por la vía de la afirmación de un **estado de necesidad exculpante extralegal**; el BVerfG ha dejado abierta esta cuestión de manera expresa (más detalladamente, al respecto, n. m. 679b).

e) También en la influencia activa sobre el proceso de la muerte (denominada **eutanasia activa**[37]) se discute una justificación con base en el § 34 de quien practica la eutanasia —por lo general, el médico tratante—, sin embargo, siempre que se trate de una **eutanasia indirecta**, es decir, de una reducción de la vida de un paciente terminal como inevitable consecuencia accesoria de un tratamiento orientado a eliminar el sufrimiento[38]. **468**

Por el contrario, según la opinión casi unánime, la **eutanasia directa**, es decir, el acortamiento planeado de la vida del paciente (por ejemplo, la aniquilación del paciente convaleciente mediante el suministro de una inyección letal) es punible con base en el derecho vigente (cfr. n. m. 552). A diferencia de ello, el concepto de **eutanasia pasiva** solo comprende la prescindencia de medidas orientadas a prolongar la vida.

En una decisión emblemática del año 2009, la 2.ª Sala Penal del **BGH** agrupó los casos de eutanasia indirecta y pasiva bajo el concepto general de **interrupción del tratamiento**. Esto describe todas aquellas acciones que, en casos de **469**

35 BVerfGE 115, 118 con observaciones *Starck*, JZ 06, 417; a favor *Schenke*, NJW 06, 736; crít. *Isensee*, Jakobs-FS, p. 205; *Merkel*, JZ 07, 373; acerca de las competencias para legislar y la compatibilidad con el art. 35.II 2, III GG: BVerfGE 132, 1 con observaciones *Fastenrath*, JZ 12, 1128; *Ladiges*, NVwZ 12, 1225 y *Sachs*, JuS 13, 283.

36 Igual en el resultado: *Dreier*, JZ 07, 261; *Mitsch*, GA 2006, 11; *Roxin*, ZIS 11, 552; *Streng*, Stöckel-FS, p. 135; *Stübinger*, ZStW 123 [2011], 403; aA *Hörnle*, Herzberg-FS, pp. 555 y 570; *Ladiges*, JuS 11, 879; *el mismo*, Die bekämpfung nicht-staatlicher angreifer im luftraum, 2007; *Rogall*, NStZ 08, 1.

37 Respecto a todo, *Arzt*, Schreiber-FS, p. 583; *Brunhöber*, JuS 11, 401; *Dreier*, JZ 07, 317, 320; *Fischer*, *Roxin* II-FS, p. 557; *Hillenkamp*, in: Anderheiden/Eckart (Hrsg), Handbuch Sterben und Menschenwürde, Bd 1, 2012, p. 349; *Ingelfinger*, Grundlagen und Grenzbereiche des Tötungsverbots, 2004, p. 260 ss.; *Kahlo*, Frisch-FS, p. 711; *Lilie*, Steffen-FS, p. 275; *Merkel*, Schroeder-FS, p. 297; *Schöch*, Hirsch-FS, p. 693; *Tag*, en: Fuchs/Kruse/Schwarzkopf (Hrsg), Menschenbild und Menschenwürde am Ende des Lebens, Heidelberg 2010, p. 153; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 27 ss.; *Wolfslast*, Schreiber-FS, p. 913.

38 Acerca de una presentación comparativa de la eutanasia en los estados miembros de la UE y en Suiza, v. el panorama de *Jacob*, exp. Nr 210/211, p. 79 y ss.

enfermedades con grave riesgo para la vida, están relacionadas con la culminación o limitación de un tratamiento médico idóneo[39] para la conservación o prolongación de la vida. Según esta sentencia, una justificación de la interrupción del tratamiento no se puede basar ni en el § 32 (legítima defensa de terceros, v. n. m. 497)[40] ni en el § 34[41], sino solamente en los principios del consentimiento justificante (cfr. n. m. 575).

470 Sin embargo, tiene que repararse en que la argumentación de la 2.ª Sala sobre una interrupción justificada del tratamiento no puede comprender ya conceptualmente a la eutanasia indirecta. Pues esta se halla caracterizada por el hecho de que la muerte no es[42] consecuencia de la interrupción, sino del tratamiento efectuado (dirigido a suprimir el sufrimiento). Aunque al final tiene que negarse la punibilidad de la eutanasia **indirecta** —en concordancia con la literatura completamente dominante—, la justificación dogmática es altamente discutida (por ejemplo, no se satisface el tipo de los §§ 212, 216[43], justificación mediante consentimiento[44] [presunto]). Más convincente parece el camino de una justificación según el § 34[45], pues a favor de la adecuación de la acción del estado de necesidad habla el hecho de que el interés del paciente que consiente (presuntamente) la supresión de los sufrimientos, predomina sobre el interés en la conservación más larga posible de la vida de un moribundo. El **derecho a una muerte digna** tiene que considerarse como un bien jurídico de mayor valor en comparación con la prolongación breve de la vida bajo dolores penosos[46]. Al mismo tiempo, la aplicabilidad del § 34 no fracasa por el hecho de que ambos intereses concurran en la persona del mismo titular del bien jurídico (v. n. m. 476); más bien, aquí yace precisamente la justificación de por qué la protección absoluta de la vida no se opone a una tal solución.

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II n. m. 281.

471 **e)** Mediante el correctivo de la **adecuación** del hecho como medio para la evitación del peligro (§ 34 orac. 2) tiene que asegurarse que sean pro-

39 BGHSt 55, 191, 204 (caso *Putz*); *Fischer*, Vor §§ 211-216 n. m. 62.

40 Sin embargo, así *Duttge*, MedR 11, 36, 38; *Mandla*, NStZ 10, 698; rechaza esto acertadamente *Lanzrath/große Deters*, HRRS 11, 161.

41 Sin embargo, así *Bosch*, JA 10, 398; cfr. también *Rosenau*, Rissing-van Saan-FS, pp. 547 y 560; *el mismo*, *Roxin* II-FS, pp. 577 y 584 (§ 34 analógicamente).

42 Así, acertadamente, *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 30d.

43 La asistencia indirecta a morir como ámbito de protección no abarcado por el tipo: LK-*Jähnke*, Vor § 211 n. m. 16; a través de una limitación con base en la adecuación social, por ejemplo, *Herzberg*, NJW 96, 3043.

44 *Verrel*, JZ 96, 224, 226 y s.

45 BGHSt 42, 301, 305; 46, 279, 285; *Hirsch*, Lackner-FS, p. 608 f; *Merkel*, *Schroeder*-FS, p. 297; *Matt/Renzikowski-Safferling*, § 212 n. m. 43; MK-*Schneider*, Vor §§ 211 y ss. n. m. 103; *Schreiber*, NStZ 86, 340; referido a casos: *Kubiciel/Wachter*, JA 13, 112; una justificación mediante la combinación de consentimiento (expreso o presunto) y estado de necesidad justificante es defendida por Erb, Schünemann-FS, pp. 337 y 346.

46 *Kühl*, Jura 09, 881, 884; crít. *Fischer*, Vor §§ 211-216 n. m. 65.

tegidos principios y procedimientos jurídicos generales frente a las ponderaciones de intereses referidas a un caso concreto, no generalizables[47]. Por consiguiente, no solo es inadecuada la utilización de la tortura para la salvación de la vida (v. arriba n. m. 427), sino también la acción de estado de necesidad de un enfermo grave sin recursos, que sustrae a un millonario el dinero no obtenido legalmente para una operación o tratamiento necesarios para su vida. La superación de esa situación de necesidad es únicamente tarea de la comunidad social. Cuando esta rehúsa su ayuda no puede imponerse a los individuos ningún deber general de tolerancia a ser sacrificados[48].

Puesto que también los afectados tienen que aceptar los resultados de un proceso judicial, por lo regular, una defensa adecuada contra este solo puede tener la forma de recursos jurídicos permitidos. Cuando estos quedan agotados, otras acciones aparecen como inadecuadas en el sentido del § 34 orac. 2. Por eso, un acusado no puede cometer[49] delitos (por ejemplo, una falsedad documental) para evitar así el peligro de que se le imponga una condena. El ejercicio de violencia por parte de extranjeros respecto a medidas de expulsión tampoco puede justificarse con base en el § 34[50]. **472**

En el **caso n.° 9b**, con base en una mera consideración individual, tendría que valorarse más el interés en la vida de V que la integridad corporal y el interés en la libertad de P. Sin embargo, surge la cuestión de si el hecho de obligar a donar sangre es compatible con los principios valorativos fundamentales de la sociedad y si, desde esta perspectiva, aún puede constituir un "medio adecuado" para alcanzar el fin de salvación. **473**

El punto de partida de la decisión respecto a si una **extracción de sangre por la fuerza** con fines de salvación de una vida puede estar justificada con base en el § 34, lo constituye la consideración de que una comunidad social no puede renunciar a una medida mínima de sacrificio personal, sin embargo, tiene que garantizarse que **el núcleo esencial de los derechos fundamentales** permanezca intacto. En el marco del estado de necesidad

47 *Joerden*, GA 1991, p. 411 y ss.; *Schmidhäuser/Kuhlen*, AT § 9 n. m. 116.

48 Acertadamente, *Lenckner*, Noll-GS, pp. 243 y 255.

49 *Paglotke*, Notstand und notwehr bei bedrohungen innerhalb von prozesssituationen, 2006; *Theile*, Jura 07, 463, 466; v. también caso en *Zimmermann*, JuS 11, 629.

50 *Abramenko*, NStZ 01, 71. Dudoso respecto de la posibilidad de justificar mediante el § 34 la composición de narcóticos que tienen como fin único el tratamiento paliativo del dolor —pese a la posibilidad de una autorización, según el § 3 II BtMG— OLG *Braunschweig*, StV 13, 708.

justificante, solo el carácter regulador de la "cláusula de adecuación" ofrece la posibilidad de determinar correctamente el rango entre el **derecho de una persona a una libre autodeterminación** y el **principio de solidaridad**, y de trazar el límite de las cargas para los afectados bajo la perspectiva de la exigibilidad[51].

474 En un Estado de derecho libre, la cuestión de si se efectúa un sacrificio personal para donar sangre tiene que quedar librada en general a la propia decisión ética del individuo, es decir, no puede (por ejemplo, en el marco del § 323c) ser objeto de un "deber general de ayudar". Por otro lado, la asunción de un deber jurídico a donar sangre no está excluida de antemano en el marco de deberes de protección y de asistencia más intensos. Esto tendría que afirmarse, por ejemplo, entre cónyuges, padres e hijos, y, dado el caso, entre soldados que sirven conjuntamente en el frente, siempre que la donación de sangre constituya el único medio para salvar la vida, no constituya un serio perjuicio para la salud del donante y pueda ser extraída bajo suficientes medidas de protección[52].

475 En el **caso n.° 9b**, entre P y V no existe ninguna relación estrecha, en el sentido de un deber de garante. De ahí que, con base en fundamentos jurídicos, a P le estaba permitido rehusarse a la posible donación de sangre. Bajo las circunstancias existentes, la extracción forzosa de sangre para salvar a V no fue un medio "adecuado" para conjurar la situación de necesidad.

Debido a la ausencia de una posición de garante, tampoco existió en la negativa de P una "agresión" por omisión en el sentido del § 32 respecto a la vida de V, de modo que A y B no pueden recurrir a la defensa de terceros a favor de V (cfr., al respecto, n. m. 485, 497).

En ese sentido, A y B actuaron **antijurídicamente**, siendo la utilización de violencia corporal para forzar la donación de sangre inaceptable desde una perspectiva ético-social y, por eso, reprochable en el sentido del § 240.II (cfr. BGHSt 23, 46, 54; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 426).

Por el contrario, surge la cuestión acerca de si es posible un reproche de culpabilidad contra ellos (cfr. acerca de la problemática del error, n. m. 687 y ss.).

51 Resumidamente, sobre el principio de solidaridad, *Frisch*, GA 2016, 121.

52 *Hruschka*, p. 147; *Rengier*, AT, § 19 n. m. 60 y s.; va más allá *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 48 y s., 92; más profundamente, *Pawlik*, *Notstand*, p. 251; cfr. también *Otto*, *Kühl*-FS, p. 341,358 y ss.

5. Colisión de intereses en el ámbito de un mismo titular del bien jurídico

El fundamento principal del § 34 también puede ser relevante cuando se trata de salvar intereses más valiosos de **un mismo titular del bien jurídico** a costa de un bien menos valioso, o de ponderar distintos riesgos para un bien jurídico amenazado. Esto vale, por lo menos, en aquellos casos en los que el titular del bien jurídico carece de capacidad para manifestar su voluntad o en los que, por razones jurídicas (especialmente como consecuencia del fundamento jurídico de los §§ 216, 228), no se halla en la situación de disponer sobre el bien jurídico en peligro[53]. 476

En ese sentido puede estar permitido, y bajo determinadas circunstancias incluso ser exigido, arrojar al niño, que se halla en medio de un incendio, desde el piso superior de una vivienda a los brazos del rescatista que se encuentra en la calle preparado para recibirlo, a pesar de que existe el peligro de que el niño sufra lesiones como consecuencia de ello[54]. Acerca de la eutanasia indirecta, v. arriba n. m. 468 y ss.

6. Elemento subjetivo de la justificación: conocimiento y voluntad de salvación

Además, el autor tiene que actuar[55] con **conocimiento** de la situación objetiva de necesidad, así como saber que su comportamiento sirve para conjurar el peligro. A este elemento cognitivo hay que agregar, de acuerdo con un parecer acertado y predominante, una **voluntad de salvación**, como claramente puede extraerse del texto del § 34 ("para [...] impedir")[56]. Es irrelevante si junto a la voluntad de salvación existen otros motivos (denominado haz de motivos)[57]. 477

La jurisprudencia exigía antiguamente, **de forma adicional**, una "**constatación conforme a deber**" de los presupuestos objetivos del estado de necesidad por parte del autor[58]. Por consiguiente, visto estrictamente, sería posible, por ejemplo, sancionar a quien, en una situación de estado de necesidad, si bien ha elegido el medio relativamente más benigno para

53 *Roxin*, AT I, § 16 n. m.102; aA *Engländer*, GA 2010, 15; *el mismo*, JZ 11, 513, 517.

54 Cfr. BGH JZ 73, 173; *Ulsenheimer*, JuS 72, 252, 255; v. también BGHSt 42, 301, 305.

55 V. solo *B. Heinrich*, AT, n. m. 429 y ss.

56 BGHSt 2, 111, 114; *Kindhäuser*, LPK, § 34 n. m. 42; *Zieschang*, AT, p. 70; al respecto y sobre la consecuencia de una ausencia de voluntad, v. ya *supra* n. m. 404; al conocimiento solo se orienta, por ejemplo *Murmann*, *Grundkurs*, § 25 n. m. 44; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 34 n. m. 35.

57 *B. Heinrich*, AT, n. m. 432.

58 RGSt 62, 138; BGHSt 2, 111; BGH NStZ 92, 487; KG StV 03, 167; de acuerdo, *Gössel*, Trifferer-FS, p. 99.

evitar el peligro desde la perspectiva de un observador objetivamente experto, sin embargo, ha omitido constatar con anterioridad la existencia de posibles alternativas. No obstante, la imposición de este deber de constatación adicional, no previsto legalmente, infringe —como ya se ha expuesto (v. arriba n. m. 396)— el principio de legalidad[59], el cual, en cierto sentido, como "reflejo" de la prohibición de la analogía, proscribe también las limitaciones a preceptos que favorecen al autor más allá del texto; y por eso, tiene que rechazarse de la mano de la actual opinión dominante[60].

478 Es decir, en el **caso n.° 9a**, K ha satisfecho el tipo de injusto de los daños materiales (§ 303.I), al haber roto algunos dientes del perro. Sin embargo, puesto que el perro produjo un peligro relevante para la salud de K, en comparación con ello, el daño mínimo de la cosa estaba justificado por el § 228 BGB. La destrucción del paraguas (§ 303.I), que no produjo ningún peligro, está justificado con base en el § 904 BGB. El § 34 es desplazado por los §§ 228, 904 BGB; v. n. m. 431 y ss.

En el **caso n.° 9b**, A y B han configurado los tipos de los §§ 223, 239, 240. Una justificación por estado de necesidad (§ 34) queda excluida. Si bien ellos dañan "solo" la integridad corporal de una persona para evitar un peligro actual para la vida de otra, sin embargo, debido a la mayor relevancia del derecho a la autodeterminación, esa intervención no es adecuada. Por esta razón, también concurre la reprochabilidad en el sentido del § 240.II; v. n. m. 444, 473 y ss. Por lo demás, se excluye una punibilidad con base en el § 323c de P, quien no se puso a disposición para realizar una donación de sangre (omisión de socorro), puesto que el ordenamiento jurídico no exige un sacrificio bajo las circunstancias del caso concreto; v. n. m. 474.

7. Resumen

479 **De manera resumida**, tienen que distinguirse los siguientes **presupuestos** del **estado de necesidad justificante** con base en el § 34:

(1) Elementos objetivos.

(a) Situación de necesidad.
- Bien jurídico apto para el estado de necesidad.
- Peligro para el bien jurídico.
- Actualidad.

(b) Acción necesaria.
- Salvación de un bien jurídico mediante el sacrificio de otro bien jurídico.
- Necesidad ("no evitable de otro modo").

59 Más detalladamente, *Küper*, Notstand, p. 115; LK-*Zieschang*, § 34 n. m. 77; *Roxin*, AT I, § 14 n. m. 81.

60 Cfr. solo MK-*Erb*, § 34 n. m. 202; *Fischer*, § 34 n. m. 18; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 34 n. m. 38.

- Idoneidad.
- Medio relativamente más benigno.
- Ponderación de intereses.
- Especialmente, el rango y la relación valorativa de los bienes jurídicos en conflicto, así como la cercanía y el origen del peligro
- Adecuación.

(2) Elemento subjetivo de la justificación.
- Conocimiento de los presupuestos objetivos del estado de necesidad
- Voluntad de salvación ("para [...] evitar", discutido.)

Jurisprudencia actual respecto al § 9:

— OLG Braunschweig StV 2013, 708: Respecto a la posibilidad de justificar, con base en el § 34, el cultivo de estupefacientes que se realiza únicamente con fines de tratamiento para eliminar los padecimientos, punible en general, según el § 29 I Nr. BtMG, e independientemente de la tentativa de abrir una vía legal mediante el recabo de una autorización para el tratamiento, de acuerdo con el § 3.I BtMG; cfr. n. m. 472.

— OLG Naumburg, NStZ 13, 718: Si al autor, que actúa objetivamente en un estado de necesidad (§ 34), le falta el conocimiento de la situación del estado de necesidad, él solo puede —contrariamente a la jurisprudencia del BGH— ser sancionado por tentativa; cfr. n. m. 406; 477.

§ 10. Causas de justificación II: La legítima defensa (§ 32)

Caso n.° 10 480

a) El joyero J es sometido en su negocio por A, quien toma para sí los ingresos diarios totales, así como joyas en valor de varios cientos de miles de euros, y huye con el botín. J, sorprendido, se pone de pie rápidamente, coge su revólver cargado y dispara contra A, quien huía y se encontraba a considerable distancia. Debido a ello, J no podía dirigir el disparo contra una determinada parte del cuerpo, pero aceptaba que A podía ser herido mortalmente. En los hechos, A es alcanzado en la cabeza y muere en el lugar. ¿Está justificado el comportamiento de A con base en la legítima defensa? (**n. m. 488, 503, 517 y 535**).

b) P utiliza el tren para el viaje a casa, que dura 20 minutos. En la sección de la primera clase se encuentra el pasajero M, quien se encuentra bajo los efectos del alcohol y no posee el *ticket* de transporte de primera clase, por lo cual ya

había sido poco antes reprendido por el controlador de la sección. Debido al fuerte olor a alcohol, P le pide a M retirarse. Como ve que ello no da ningún resultado, P abre la ventana para "hacerle la vida imposible" a M, quien no viste prendas abrigadoras, haciéndole llegar el aire frío. Mientras M cierra la ventana, P la abre de nuevo y así sucesivamente. Al final, M amenaza a P con golpearlo en caso de que abra nuevamente la ventana. P, quien posee una contextura corporal claramente inferior, muestra amenazante un cuchillo. En la creencia de haber intimidado suficientemente a M, P abre la ventana. A continuación, M se abalanza sobre P. Cuando M empieza a golpearlo en el rostro, P lo apuñala en la barriga con el fin de defenderse. Los hechos son observados por varios pasajeros. M muere debido a la lesión causada por la puñalada. ¿Puede P recurrir a la legítima defensa? (**n. m. 503, 529 y 535**).

I. Fundamentos del derecho a la legítima defensa

481 El derecho a la legítima defensa, garantizado en el § 32, se encuentra guiado por dos principios: el interés del individuo en una efectiva **protección de bienes jurídicos** y la idea de la **preservación del derecho**[1]. Ambos aspectos han hallado cabida en el texto vigente de la ley y tiene que recurrirse a ellos para la interpretación de los presupuestos de la justificación. Hasta el siglo XIX, la comprensión de la legítima defensa, fuertemente influenciada por el liberalismo individualista, tenía como trasfondo una protección de bienes jurídicos tan amplia como posible, mientras que en la discusión posterior ha ganado relevancia precisamente el principio de la preservación del derecho, que, en el caso concreto, puede limitar un derecho de legítima defensa. Entretanto, se han incrementado de nuevo las concepciones meramente individualistas de la legítima defensa[2].

II. La situación de la legítima defensa

482 La **situación de la legítima defensa** se fundamenta mediante una **agresión ilegítima**

1. Existencia de una agresión

483 **a)** Una agresión es toda aquella lesión de bienes o intereses jurídicamente protegidos amenazada mediante un comportamiento humano. No es

1 BGHSt 48, 207, 212; *Kühl*, AT, § 7 n. m. 8 y ss.; *Roxin*, Kühl-FS, p. 391; crítico sobre lo último: *Kaspar*, RW 13, 40, 46 ss.; *Pawlik*, ZStW 114 [2002], 259.

2 Por todos: MK-*Erb*, § 32 n. m. 18; *Freund*, AT, § 3 n. m. 89 y ss.; *Frister*, AT, § 16 n. m. 1 y ss.; *Puppe*, AT, § 12 n. m. 1; más profundamente, *Kargl*, ZStW 110 [1998], 38.

necesario que exista una acción lesiva "dirigida"[3]. El comportamiento del agresor que crea un peligro grave tiene, sin embargo, que poseer la **calidad de acción**, es decir, tiene que ser dominable por la voluntad (v. n. m. 142).

Si cae hollín de la chimenea del techo y existe el peligro de que ella (a merced de la ley de la gravedad) caiga sobre un grupo de niños que juegan, entonces, dado que falta una calidad de acción, tampoco existe una agresión (§ 32), sino una situación de estado de necesidad en el sentido de los §§ 34, 35[4].

Sin embargo, una molestia socialmente usual no desencadena ya, por causa de su carácter de bagatela, una situación de legítima defensa[5]. Puesto que únicamente un **comportamiento humano** puede tener la calidad de agresión, no están comprendidos como tal los ataques que provienen exclusivamente de **animales**. Solo cuando, por ejemplo, un perro es arrojado por su "amo" contra una persona, existe una agresión —sin embargo, entonces, una agresión humana por medio del "amo"[6]—.

Idóneo para la legítima defensa es todo bien correspondiente y todo interés reconocido al agredido, independiente de si están protegidos por normas jurídico-penales. Por eso, puede ser objeto de una agresión no solo la vida, la integridad corporal, la libertad, el honor, la propiedad o el patrimonio, sino además los derechos generales de la personalidad o el derecho a la propia imagen[7]. La defensa frente a agresiones contra el ordenamiento público, el ordenamiento jurídico como tal y los **bienes jurídicos de la generalidad** no cae bajo el § 32; aquí son competentes el Estado y sus órganos[8] (v. arriba n. m. 448). **484**

3 *Geilen*, Jura 81, 200, 202; *Sternberg-Lieben*, JA 96, 299; cfr. también OLG Hamburg StraFo 12, 278 con discusión *Hecker*, JuS 12, 1039 (agresión en forma de la toma ilegal de fotografías por parte de un fotógrafo de prensa); AG Erfurt NStZ 14, 160 con una discusión que lleva a su rechazo, *Jahn*, JuS 14, 176 y *Jäger*, JA 14, 472 (agresión realizada mediante el "soplido" del humo de cigarrillo); referido al caso: *Reinhardt*, ZJS 13, 493, 496 y ss.

4 NK-*Kindhäuser*, § 32 n. m. 28; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 100; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 8; de otra opinión *Kaspar*, JA 06, 855, 857.

5 Respecto a echar el humo del cigarrillo en la cara como agresión (*Anrauchen*), cfr. AG Erfurt, NStZ 14, 160; al respecto, *Reinhardt*, ZJS 15, 222, 223.

6 Cfr. BGHSt 14, 152, 155.

7 V. solo S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 7, con notas adicionales.

8 BGHSt 5, 245; BGHZ 64, 178.

485 **b)** Una agresión también puede consistir en una **omisión**, pero, de acuerdo con una opinión acertada, solo cuando al omitente le alcanza[9] un **deber de garante** en el sentido del § 13 I, respecto a quien está necesitado de salvación.

Ejemplo: Si la madre suspende la alimentación de su hijo lactante, existe ahí una agresión contra el niño, lo cual abre la posibilidad de una defensa de terceros a favor de aquel[10].

La equiparación de la omisión con el hacer activo prevista en el § 13 I halla aquí su correspondencia en el marco del tipo de permisión. Por el contrario, no basta la mera desatención de un "deber general de auxilio" —establecido bajo el deber de garante—, el cual está resguardado penalmente en el delito de omisión propia del § 323c, para equiparar la prestación de auxilio que se ha omitido con una agresión mediante un hacer activo[11]. Los delitos propios de omisión también protegen los bienes jurídicos pertenecientes a aquellos que necesitan de la acción de salvación[12]. Pero dado que los delitos de omisión impropia se basan en lo fundamental en una idea de solidaridad, "cualquier" persona solo debe una prestación de auxilio en el marco de lo exigible. Esta menor valía, desde el punto de vista cualitativo del deber de auxilio para cualquier persona, quedaría opacado si, en el marco de la defensa según el § 32, el autor tuviera que soportar intervenciones que excedieran ampliamente lo "exigible" en ese sentido[13].

Ejemplo: Si A, conductor de un auto que no ha tomado parte en un accidente, se niega a transportar a un herido hacia el hospital, entonces, de acuerdo con la opinión dominante, no existe ahí una agresión, en el sentido del § 32, que autorice a un tercero con voluntad de salvación a derribar a A, y utilizar su auto para llevar al herido al hospital. Una justificación viene en consideración solo marginalmente respecto al § 34.

486 **c)** De acuerdo con una acertada opinión dominante, la legítima defensa no requiere un **comportamiento agresivo culpable**[14]. Según el texto

9 Así, la opinión dominante, v. solo *B. Heinrich*, AT, n. m. 343; *Jäger*, AT, n. m. 106; *Kühl*, Jura 93, 57, 59; *Murmann*, *Grundkurs* § 25 n. m. 78; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 11.

10 Cfr. BayObLG NJW 63, 824 Nr 17, discutido al detalle; con más detalle al respecto, Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 32 n. m. 10; *Haurand*, Kriminalistik 14, 94, 96 y ss.; *Schumann*, Dencker-FS, S. 287.

11 Sin embargo, en ese sentido, por ejemplo, S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 6; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 101; *Krey/Esser*, AT, n. m. 476, NK-*Kindhäuser*, § 32 n. m. 33 y s.

12 Orientado de modo decisivo a este respecto, por ejemplo, S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 6; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 103.

13 Así, acertadamente, por ejemplo, *Murmann*, Grundkurs, § 25 n. m. 78.

14 Así, también S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 5; *Fischer*, § 32 n. m. 2; *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 II 1 a; *Roxin*, JuS 88, 425, 428; de otra opinión, *Frister*, GA 1988, 291, 305; *Hruschka*, p. 141; *Jakobs*, AT, 12/16; *Otto*, *Grundkurs* AT, § 8 n. m. 21 y s.; *Renzikowski*, Notstand und

claro del § 32, este precepto exige solo una agresión ilegítima; una limitación de la norma de permisión que exceda ello significaría una vulneración del principio de legalidad (v. n. m. 396). Además, el interés en la protección individual es igualmente grande independientemente de si el agresor actúa con culpabilidad o sin ella. El interés menor que hay que reconocer a la preservación del derecho frente a quien actúa sin culpabilidad puede ser tenido en cuenta de manera adecuada en el nivel de lo mandado, exigiéndose su protección en la medida de lo máximo posible (v. abajo n. m. 518)

Un enfermo mental que ingresa en una escuela y amenaza con matar a los niños indefensos frente a él con un lanzallamas que el mismo ha construido, puede ser abatido correspondientemente con base en el § 32 II Alt. 2 (defensa de terceros) si su agresión no se deja conjurar de otra forma.

2. Actualidad de la agresión

a) Es **actual** una agresión que es **inmediatamente inminente, ha empezado o aún continúa**[15]. La agresión dura no solo hasta la consumación de la realización de un tipo penal por parte del agresor. Más bien ella también persiste siempre que el peligro para el bien jurídico amenazado aún pueda ser conjurado. Recién cuando la agresión ha sido conjurada completamente o cuando se ha producido una pérdida definitiva del bien jurídico, queda excluida una legítima defensa[16]. El concepto de la agresión actual en el sentido del § 32, resulta más estricto que el del peligro actual en el sentido del § 34, en especial, el peligro permanente no está comprendido (v. n. m. 454 s; 1141). **487**

En el **caso n.° 10a**, la agresión de A contra la propiedad de J es **actual siempre que** el ladrón que huye porte consigo el botín[17]. La agresión estaría **consumada** y, en consecuencia, ya no sería actual si ella hubiese fracasado, si se hubiese desistido por completo respecto a ella o si hubiese sido ejecutada por completo, pues, entonces, la lesión del bien jurídico ya no puede ser impedida. **488**

En caso de una **amenaza extorsiva** existe, por ejemplo, una amenaza contra la libertad de determinación y manifestación de la voluntad, que con la pronunciación de la amenaza no está por lo regular ni concluida completamente ni consumada. Más bien ella

Notwehr, 1994, p. 99

15 Cfr. BGH NJW 73, 255; JZ 03, 50 con observaciones críticas *Walther*.

16 BGHSt 48, 207 con observaciones *Widmaier*, NJW 03, 2788.

17 Cfr. también RGSt 55, 82; BGH MDR/H 79, 985.

perdura y sigue siendo actual en tanto el extorsionador mantenga la violencia psíquica ejercida por medio de su amenaza y el amenazado se halle en la situación de impedir una intensificación de la lesión del bien jurídico ya iniciada[18]. Únicamente surge la cuestión acerca de si respecto a las correspondientes contramedidas también concurren los presupuestos adicionales del § 32 (necesidad e idoneidad del medio defensivo, carácter de requerida de la respectiva defensa agresiva) (cfr. n. m. 496 y ss., 530).

489 b) Las **medidas de legítima defensa preventiva** contra agresiones futuras, aún no actuales, no están cubiertas por el § 32. Ellas deben impedir —ya conceptualmente— que concurra una agresión o que esta alcance el estadio de la actualidad. De acuerdo con una opinión minoritaria, se trata aquí de una denominada "situación análoga a la legítima defensa", respecto a la cual el § 32 sería aplicable por *analogía*[19]. Aquí se pasa por alto que falta ya una situación objetiva equiparable y, aun en caso contrario, que la expectativa de una amenaza mermaría las posibilidades de evitación de una manera notable. Además, solo se puede conceder a quien actúa el extremadamente fuerte derecho a la legítima defensa en situaciones de grave amenaza[20].

Sin embargo, aquí es posible imaginar una justificación con base en el § 34, en tanto que la defensa preventiva se atenga a los límites de la proporcionalidad e impida lesiones graves por parte del afectado con aquella. Quien encierra en su cuarto a aquel que precisamente quiere ir a cometer un asesinato, o quien vierte un sedante en el vino a los hombres que quieren robarle en el curso de la noche, puede basarse en el § 34 cuando faltan otras opciones para conjurar el peligro. Aquí tiene importancia en su beneficio que el surgimiento del peligro cae en la esfera de aquel contra el cual se dirige la medida preventiva[21].

490 c) Hay que distinguir la legítima defensa preventiva de la denominada **legítima defensa anticipada** en forma de una "resistencia automática" mediante **mecanismos automáticos** con **efectos de protección y defensa.**

Ejemplo: El millonario M habita una villa en una zona en la que en los últimos tiempos han ocurrido reiterados robos. Para proteger su casa instala un dispositivo de disparo automático y un cerco eléctrico, así como cepos, advirtiendo de esto mediante letreros indicadores visi-

18 Acertadamente, *Amelung*, GA 1982, 381, 385; *Eggert*, NStZ 01, 225; NK-*Kindhäuser*, § 32 n. m. 59; divergente, KG JR 81, 254; *Arzt*, JZ 01, 1052; *Müller*, NStZ 93, 366.

19 Por ejemplo, *Jakobs*, AT, 12/27; *Krey*, ZStW 90 [1978], 173, 188 y s.

20 B. *Heinrich*, AT, n. m. 349.

21 BGHSt 39, 133 con observaciones *Roxin*, NStZ 93, 335; instructivo al respecto: S/S-*Perron*, § 32 n. m. 16 y s.; *Rengier/Brand*, JuS 08, 514, 517; *Roxin*, Jescheck-FS, p. 457, 478.

bles. El ladrón E no cree en esos letreros, ingresa en la propiedad de M y es alcanzado en el estómago por una bala disparada por el dispositivo automático instalado por M.

Aquí se trata de la evitación preventiva de una agresión futura. Aun cuando M, en el ejemplo de arriba, instala los dispositivos en un momento en el que la agresión de E aún no es actual, los dispositivos de protección deben recién desplegar su función protectora/lesiva en el momento en el que realmente existe una agresión actual. Es decir, respecto a la afirmación de los otros presupuestos de la legítima defensa, viene en consideración una justificación con base en el § 32[22].

Sin embargo, la necesidad de la acción defensiva resulta problemática en el caso concreto, **491**
puesto que, mediante la necesariamente previa determinación de un programa automatizado de defensa, ya no es posible en el momento del ataque ninguna graduación dependiendo de la concreta agresión (disparo de advertencia, disparo en las piernas o los brazos como medios potencialmente más benignos). Si la agresión hubiese podido ser impedida mediante un medio más benigno faltaría la necesidad, de modo que tiene que excluirse una justificación con base en la legítima defensa.

La cuestión acerca de si existe una agresión actual en el sentido del § 32 **492**
se orienta según la **situación objetiva** al momento del hecho, es decir, no según la representación de aquel que se siente amenazado o considera que otro se encuentra amenazado[23].

Quien, pese a que falta objetivamente la situación de agresión, asume erróneamente la existencia de una situación de legítima defensa, no actúa conforme a derecho respecto a las medidas defensivas ejercidas contra el supuesto agresor, sino más bien antijurídicamente (legítima defensa putativa). Si resulta punible por ello tiene que determinarse según las correspondientes **reglas del error** (v. n. m. 603 y ss.).

3. Ilegitimidad (antijuricidad) de la agresión

a) La agresión es **antijurídica** cuando se halla objetivamente en contradic- **493**
ción con el ordenamiento jurídico. El comportamiento agresivo no tiene que configurar un tipo penal. En todo caso, falta la antijuridicidad cuando la

22 V. OLG Braunschweig MDR 47, 205; *M. Heinrich*, ZIS 10, 183; *Herzog*, Schlüchter-GS, p. 209; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 5 n. m. 32; MK-*Erb*, § 32 n. m. 115, 173 y ss.; *Müssig*, ZStW 115 [2003], 224; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 32 n. m. 10; S/S-*Perron*, § 32 n. m. 18a; con más detalle, *Kunz*, GA 1984, 540; con relación al caso: *Jäger*, AT, n. m. 119 y s.

23 OLG Stuttgart NJW 92, 850; S/S-*Perron*, § 32 n. m. 27; SK-*Günther*, § 32 n. m. 22.

agresión está por su parte cubierta por una causa de justificación (por ejemplo, mediante la legítima defensa)[24].

494 **b)** Sin embargo, resulta problemático y discutido determinar si un comportamiento resulta ya antijurídico en el sentido del § 32 cuando en él solo se realiza un **injusto de resultado** o si también tiene que existir siempre un **injusto de acción** en el sentido de que el agente haya actuado al menos descuidadamente desde un punto de vista objetivo.

Ejemplo: A, conductor de un auto completamente cuidadoso desde el punto de vista objetivo, amenaza con atropellar al niño K, que corre súbitamente por la calle. ¿Se encuentra el tercero D, quien de casualidad tiene una pistola cargada en la mano, en una situación de defensa de terceros que justifica disparar (bajo determinadas circunstancias incluso mortalmente) contra A, si como consecuencia de ello K podría ser probablemente salvado?

495 De acuerdo con una opinión defendida parcialmente, la antijuridicidad de una agresión tiene que afirmarse ya cuando existe la amenaza de que se produzca la lesión de un bien jurídico en la forma de un **desvalor de resultado**[25]. En el ejemplo de arriba, A habría actuado antijurídicamente por la amenaza de una lesión de K, a pesar de haber cumplido con el deber objetivo de cuidado, lo cual permitiría recurrir al § 32 II Alt. 2. Sin embargo, esto precisamente ya no resulta convincente porque no existe ningún interés de preservación del derecho frente a un ciudadano que se comporta cuidadosamente. Por eso, ello depende —según la literatura dominante— fundamentalmente de un **desvalor de la acción**. En ese sentido, un **comportamiento objetivamente cuidadoso** —como el de A, en el ejemplo— no representa una agresión ilegítima en el sentido del § 32[26].

495a **c)** Se discute si este concepto de antijuridicidad también tiene aplicación respecto del ataque que realiza un agente policial u otro **titular de la autoridad estatal**. Para proteger al titular de la autoridad, que a fin de cuentas actúa para asegurar el ordenamiento jurídico, la jurisprudencia y una parte de la literatura se basan en un **concepto jurídico-penal** (amplio) **de conformidad**

24 Cfr. solo BGH JZ 01, 661.

25 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 II.1.c; *Köhler*, AT, S. 268.

26 Cfr. *Gropp*, AT, § 6 n. m. 71 y ss.; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 109; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 14 y s.; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 19; S/S-*Perron*, § 32 n. m. 21; *Sinn*, GA 2003, 104; v., respecto a todo, también *Hillenkamp*, Herzberg-FS, 483; *Kühl*, Jura 93, 57, 63; MK-*Erb*, § 32 n. m. 35 y ss.; NK-*Kindhäuser*, § 32 n. m. 61 y s.; SK-*Günther*, § 32 n. m. 27, 57.

con el derecho[27]. Es decir, en la concreta situación, el titular de la autoridad se encontraría, por lo regular, bajo una presión relevante para apreciar la conformidad de su comportamiento con el derecho. En caso de un recorte de su derecho de legítima defensa, el ciudadano (objeto de la agresión) no se vería amenazado por una pérdida de derechos[28] irreparable, si se tiene en cuenta la posibilidad de una protección jurídica ulterior. En paralelo con el § 113 III, el comportamiento investido de autoridad tiene que ser conforme al derecho cuando concurren los **requisitos externos para la intervención** del funcionario, lo que exige que él sea competente espacial y objetivamente, que cumpla las formalidades esenciales prescritas y que ejerza su arbitrio —que, dado el caso, se le haya concedido— conforme al deber. En cambio, el comportamiento del titular de la autoridad también es contrario al derecho, según este amplio criterio, cuando aquel, sumido en un error culpable respecto de la necesidad del ejercicio de su función, actúa arbitrariamente o abusando de su función[29].

En la literatura se rechaza un privilegio de esa clase para los titulares de la autoridad, haciendo referencia a la unidad del ordenamiento jurídico[30]. Entonces, la conformidad con el derecho del acto de autoridad es determinada parcialmente con dependencia a la eficacia jurídico-material, de acuerdo con el ámbito jurídico en el que se basa. Por eso, en caso de medidas jurídico-administrativas, por lo regular solo son aptos para una legítima defensa los actos administrativos nulos (cfr. § 44 I VwVfG), pero no los actos administrativos revocables (**teoría de la eficacia**)[31]. Otra opinión orienta la conformidad con el derecho según el derecho de ejecución idóneo para el acto de ejecución (**teoría de la ejecución**)[32]. Sin embargo, con ello no se desplegará para el ciudadano objeto del ataque un derecho de defensa con la misma intensidad que frente a la agresión de un privado. Más bien —debido al interés de protección del individuo fuertemente reducido (es posible una ulterior protección jurídica) y al reducido interés de preservación del de-

27 Cfr. BGHSt 4, 161, 164; 21, 334, 365 y s.; por último, sin embargo menos claro, BGHSt 60, 253 con anotaciones críticas *Engländer*, NStZ 15, 577; similar también *Erb*, JR 16, 29, 30; *Rönnau/Hohn*, StV 16, 313, 315; respecto a todo Lackner/Kühl-*Kühl*, § 113 n. m. 7, 10 y s.; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 636 y ss.; el concepto jurídico-penal de conformidad con el derecho (respecto al § 113 III) fue declarado inconstitucional por el BVerfG NVwZ 07, 1180.

28 V. BGHSt 21, 334, 336; 60, 253.

29 BGHSt 60, 253.

30 *T. Zimmermann*, JR 10, 363, 365.

31 Cfr. *Erb*, Gössel-FS, S. 217, 228 y ss.; *el mismo*, JR 16, 24; *Lüke*, Arthur Kaufmann-FS, p. 567 y s.; *T. Zimmermann*, JR 10, 363, 365.

32 Cfr. MK-*Bosch*, § 113 n. m. 34 y ss.; *el mismo*, Jura (JK) 15, 1392; NK-*Paeffgen*, § 113 n. m. 40 y ss.; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 124; *la misma*, StV 16, 313, 317.

recho (relevancia para el conjunto de la sociedad de un titular de la autoridad que actúa con capacidad funcional)— surgen limitaciones relevantes en el marco de lo "requerido" (v. n. m. 531)[33].

III. La acción de la legítima defensa

496 La **acción de la legítima defensa** tiene que dirigirse **contra el agresor** y tiene que ser objetivamente **necesaria** y normativamente **exigida**. Finalmente, ella también tiene que estar **guiada** por una **voluntad defensiva** (= elemento subjetivo de justificación, v. n. m. 401 y ss.).

1. La acción de la legítima defensa como defensa orientada solo contra el agresor

497 En tanto acto defensivo, la legítima defensa **solo puede dirigirse contra el agresor** y no contra bienes jurídicos de terceros[34]. Aquí es irrelevante si el defensor quiere[35] impedir la agresión para sí (**legítima defensa,** § 32.II Alt. 1) o para otro (**defensa de terceros, § 32.II Alt. 2**). El § 32 prevé ambas posibilidades (respecto a la defensa de terceros policial, v. n. m. 418).

El § 32 no contiene ninguna referencia a si alguien está obligado a defender a un tercero contra una agresión. Solo está regulado el derecho, pero no el deber de defender a terceros. No obstante, un deber de esa clase puede surgir para el garante a partir de la punibilidad por un delito de omisión impropia (v. abajo n. m. 1004 y ss.) y, en cuanto a los demás, a partir de la punibilidad por omisión de socorro, según el § 323c (cfr. n. m. 1050)[36].

La defensa de terceros no está permitida cuando ella se dirige contra la voluntad expresamente declarada o reconocible a partir de las circunstancias del agredido (**defensa de terceros impuesta**)[37].

33 Respecto a la solución mediante lo requerido, v. también *OLG* Hamm JR 10, 361 s.; *Amelung* JuS 86, 329, 337; LK-*Rönnau/Hohn* § 32 n. m. 134.

34 BGHSt 5, 245, 248.

35 Respecto a la defensa de terceros a favor de animales, *Herzog*, JZ 16, 190.

36 Al respecto, *Engländer*, Roxin II-FS, p. 657; *Mitsch*, Roxin II-FS, p. 639, 641.

37 Sobre esto, *Engländer*, Nothilfe, p. 99 y ss.; *Kasiske*, Jura 04, 832; *Kaspar*, JuS 14, 769; *Rengier*, AT, § 18 n. m. 113; *Seuring*, Die aufgedrängte Nothilfe, 2004, p. 246 y s.; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben*, JuS 99, 444.

2. Necesidad de la acción de la legítima defensa

La acción de la legítima defensa tiene que ser **necesaria**, es decir, por un lado, tiene que ser **idónea** para repeler la agresión y, por otro, tiene que representar el **medio defensivo más benigno que se halla a disposición**. 498

a) Una medida es **idónea** cuando, en general, está en la posibilidad de detener completamente la agresión o, por lo menos, de obstaculizarla[38]. Un obstáculo suficiente puede consistir en un debilitamiento de la agresión o en el retraso temporal de la producción del resultado[39]. Solo está permitida la imposición de exigencias mínimas a la efectividad de la defensa para no suprimir el derecho de legítima defensa a un agredido sometido[40]. 499

b) El agredido tiene que utilizar el **medio más benigno** (= **menos lesivo**)[41]. Es decir, hay que elegir siempre aquel medio defensivo que, aunque tenga la misma eficacia, provoque el menor daño[42]. La eficacia de un medio para la culminación inmediata de la agresión y para la evitación definitiva del peligro se juzga de acuerdo con la intensidad del ataque, la peligrosidad del agresor y el medio defensivo del que se dispone[43]. Si subsisten **dudas** respecto a la efectividad de las medidas defensivas concretas, no se tiene que exponer al agredido al riesgo de una acción defensiva insuficiente y a la producción de un daño no irrelevante respecto a sus bienes jurídicos[44]. El agredido se tiene que exponer a un medio de defensa menos peligroso solo cuando su efecto defensivo resulta indudable y existe suficiente tiempo para valorar la situación[45]. Puesto que el potencial agresivo parte originalmente del agresor, la jurisprudencia y la literatura son, en general, tolerantes con las exigencias referidas a la necesidad de la defensa[46]. 500

De todos modos, se exige cierta prudencia cuando se utilizan como medios de defensa armas peligrosas para la vida, especialmente **armas de fuego** o 501

38 S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 23; SK-*Günther*, § 32 n. m. 91.

39 V. BGH NStZ 83, 117; 06, 152, 153; *Fischer*, § 32 n. m. 29; *Kühl*, AT § 7 n. m. 96; *Warda*, Jura 90, 344, 346.

40 Cfr. OLG Düsseldorf, NJW 94, 1971, 1972; respecto al tratamiento como una resistencia todavía simbólica, v. S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 24 con notas adicionales.

41 BGHSt 42, 97, 100.

42 BGHSt 3, 217.

43 BGH NStZ 81, 138; OLG Hamm BeckRS 13, 13245 con observaciones *Jahn*, JuS 14, 80.

44 BGH NStZ 09, 626; StV 14, 337.

45 BGH NStZ 15, 151 con observaciones *Eisele* JuS 15, 465.

46 *Joecks*, St-K, § 32 n. m. 13 y ss.; caso en Coester-Waltjen-II-*Grunewald*, p. 52.

cuchillos, pues la causación de una lesión mortal si bien puede estar cubierta de modo general por el derecho de legítima defensa (n. m. 507), permanece siempre como *ultima ratio*[47]. Por lo regular, en principio, tiene que **amenazarse** con el uso de tales medios defensivos (por ejemplo, mediante un disparo de advertencia); si esto no es suficiente, se tiene que intentar alcanzar **la parte del cuerpo menos sensible** (por ejemplo, disparo en las piernas)[48]. Tales modos de utilización menos peligrosos son obligatorios, pero, de nuevo, solo cuando en el caso concreto poseen perspectivas de eficacia tan altas que puede exigirse al agredido el riesgo de un fracaso y la consiguiente limitación de sus posibilidades de defensa[49]. Para la valoración de ello, resulta decisiva la concreta "situación conflictiva"[50]. Si el uso de las armas está justificado por medio de la legítima defensa, entonces, desaparece bajo determinadas circunstancias la punibilidad por la configuración típica de la posesión no permitida de un arma (§ 52.I.1 WaffG)[51].

502 **c)** La necesidad de la defensa (idoneidad y elección del medio más benigno) tiene que determinarse por la vía de una consideración **objetiva** *ex ante*. Resulta relevante cómo un tercero sensato hubiera valorado las circunstancias reconocibles existentes y objetivas en el lugar del agredido al momento de la agresión[52].

503 En el **caso n.º 10a**, J efectuó inmediatamente un tiro mortal en la cabeza sin disparar antes a modo de advertencia o dirigir el disparo a una parte del cuerpo menos importante. Pero, en la situación concreta, el ladrón estaba ya tan lejos que, desde una perspectiva objetiva *ex ante*, no le quedaba a J tiempo para un disparo de advertencia y tampoco era posible dirigir el disparo exactamente contra una determinada parte del cuerpo. Tampoco aparece otro medio igualmente idóneo a

47 BGH NStZ 06, 152; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 237 y s.; MK-*Erb*, § 32 n. m. 165 y ss.; *el mismo*, NStZ 11, 186.

48 BGH NStZ 01, 530; NStZ 14, 147; NStZ-RR 15, 303; NStZ 16, 333 (caso *Flucht*) con discusión *Bosch*, Jura (JK) 16, 702 y *Eisele*, JuS 16, 366, así como *Rückert*, NStZ 16, 334; Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 32 n. m. 28; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 27.

49 BGH NStZ 12, 272 (caso *Hells Angels*) con discusión *Satzger*, JK 06/12, StGB § 32/37; BGH StV 13, 503 con discusión a favor *Erb*, HRRS 13, 113 y *v. Heintschel-Heinegg*, JA 13, 69; BGH HRRS 16 Nr 115 con discusión a favor *Hecker*, JuS 16, 564; OLG Frankfurt NStZ-RR 13, 107.

50 BGHSt 27, 336, 337; BGH StV 13, 506 con discusión *Hecker*, JuS 13, 563.

51 BGH NStZ 11, 82 con observaciones *Hecker*, JuS 11, 272 y *Kretschmer*, Jura 12, 189; BGH StV 12, 338.

52 Cfr. BGH NJW 89, 3027; BGH StV 13, 503; *Schröder*, JuS 00, 235.

un disparo para acabar con el ataque contra la propiedad. En tal sentido, el disparo mortal contra A era necesario.

También en el **caso n.º 10b** existía una situación de legítima defensa, cuando M empezó golpear a P. En vista de la superioridad corporal de M, a P solo le quedaba la utilización inmediata del cuchillo. Tampoco aquí había lugar para una amenaza o una decisión consciente respecto a una lesión lo menos grave posible. Es decir, en general, P se defendió en el marco de lo necesario.

Si, por ejemplo, en el robo de un banco o de una extorsión con violencia se hace uso de **armas aparentes**, cuya ausencia de peligrosidad no es reconocible en la situación concreta, entonces el § 32 abarca todas las medidas defensivas que son necesarias, desde una perspectiva *ex ante*, a consideración de un observador sensato para evitar eficazmente el ataque aparentemente peligroso, es decir, dado el caso, también disparos precisos contra el o los agresores. Pues quien ataca realmente, es decir, no solamente en apariencia, y se sirve de una amenaza que el amenazado toma seriamente, tiene que aceptar que, con base en sus palabras, su comportamiento sea tomado en serio y desencadene las correspondientes medidas defensivas. En ese sentido, aquí existe algo distinto a un mero **ataque aparente** (realizado de broma), que de ningún modo tiene como objetivo la lesión de un bien jurídico y respecto a cuya defensa únicamente valen las reglas de la legítima defensa putativa[53]. **504**

La adecuación a la valoración objetiva *ex ante* tiene una consecuencia importante: si el defensor elige de acuerdo con estos principios el medio más benigno, entonces, queda determinada la conformidad con el derecho de la defensa en ese momento. Los **efectos no deseados** de la acción de defensa que surgen de la **peligrosidad típica del medio defensivo** utilizado (permitido) **en el curso del suceso** y que lesionan al agresor más allá de la medida de lo querido, no pueden suprimir de modo cuasirretroactivo la conformidad con el derecho de la acción de legítima defensa o de defensa de terceros. **505**

Ejemplo: A ataca a B ilegítimamente con un cuchillo. B, quien tiene una pistola, trata en vano de protegerse del agresor mediante un disparo de advertencia y otro dirigido a su pierna, el cual solo le rozó. Cuando A en la pelea cuerpo a cuerpo quiere apuñalar a B mortalmente, este, que desea evitar la muerte de A, decide, por consideración a A, que solo utilizará su pistola como arma contundente y no como arma de fuego. En el segundo golpe que B propina en el hombro de A, que pretendía apuñalarlo, se produce un disparo involuntario de su pistola, que alcanza la cabeza de A y lo hiere mortalmente. Aquí la concreta acción defensiva de B estaba permitida y justificada según el § 32. Ello no varía en nada con el resultado de muerte (producido involuntariamente). Los riesgos que surgen de la acción de defensa efectuada y de la peligrosidad típica quedan a cargo

53 Cfr. *Amelung*, Jura 03, 93 y ss.; *Kühl*, AT, § 7 n. m. 22, 22a; *Otto*, Jura 88, 330; S/S-*Perron*, § 32 n. m. 27 y s.

del agresor A y no tienen que ser soportados, por ejemplo, por el agredido o quien actúa en su defensa[54].

506 **d)** Sin embargo, la necesidad no fracasa cuando el agredido tiene la posibilidad de **evadir el ataque mediante la huida**[55]. De acuerdo con el principio de preservación del derecho, que subyace a la legítima defensa (v. arriba n. m. 481), el **derecho no tiene que ceder frente al injusto**[56]; quien actúa en legítima defensa actúa al mismo tiempo en pro de la perduración del ordenamiento jurídico; por el contrario, se exigirá un rápido apartamiento o elusión, así como la percepción, etc., de la ayuda a disposición inmediata del agredido siempre que esto no pueda ser interpretado como una renuncia general al bien jurídico[57].

507 **e)** El principio de preservación del derecho también tiene como consecuencia que en el § 32 se establezca un "**derecho de legítima defensa preciso**" que —a diferencia de las reglas del estado de necesidad (§ 34 StGB, §§ 228, 904 BGB)[58] y las reglas de la legítima defensa de diversos ordenamientos jurídicos extranjeros[59]— no conoce, en principio, ninguna **ponderación de bienes**[60]. No obstante, en la conciencia jurídica de la población, una autorización de legítima defensa tan amplia tiene escaso eco[61]. A pesar de ello, de acuerdo con el texto legal, en la legítima defensa, según la intensidad del ataque, podría estar permitido matar al agresor no solo para proteger la integridad o la vida, sino que ello también viene en consideración, en calidad de *ultima ratio*, como posibilidad de defensa de bienes materiales[62]. Sin embargo, es posible pensar en una limitación del derecho de legítima defensa respecto a la defensa de bienes materiales mediante la idea de lo exigible (cfr. n. m. 508 y ss.).

54 BGHSt 27, 313; BGH JR 00, 297 con observaciones *Ingelfinger*; BGH NStZ 05, 31; v., además, *Kretschmer*, Jura 02, 114; *Kühl*, Jura 93, 118.

55 Cfr. BGH NJW 13, 2133, 2135 con discusión *Brüning*, ZJS 13, 511.

56 Más profundamente, *Kindhäuser*, Frisch-FS, S. 493; crítico *Krauß*, Puppe-FS, p. 635.

57 Cfr. SK-*Günther*, § 32 n. m. 95; *Sengbusch*, Die Subsidiarität der Notwehr, 2007.

58 Respecto a una comparación de los requisitos del § 32 y del § 34, v. *infra* n. m. 1141.

59 Cfr. LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 6 y ss.; *Wittemann*, Grundlinien und Grenzen der Notwehr in Europa, 1997.

60 BGHSt 48, 207; sobre esto también *Maiwald*, Marinucci-FS, S. 1579; discrepa *Kaspar*, RW 13, 40, 59 f (*de lege ferenda*).

61 *Amelung/Kilian*, Schreiber-FS, p. 5.

62 Cfr. BGH StV 82, 219 (Eigentum und Hausrecht); BGHSt 48, 207 (€ 2500); discrepa *Bernsmann*, ZStW 104 [1992], 290; *Bülte*, GA 2011, 145; *Koriath*, Müller-Dietz-FS, p. 361; *Lilie*, Hirsch-FS, p. 288; NK-*Kindhäuser*, § 32 n. m. 100.

3. La cualidad de legítima defensa exigida o indicada

Aun cuando el derecho alemán admite en general un "derecho de legítima defensa preciso", sin un correctivo de proporcionalidad, este derecho encuentra sus límites en la **prohibición** general **del abuso del derecho**. En el texto del § 32.I esto queda establecido con el hecho de que la legítima defensa tiene que estar "exigida"[63]. **508**

a) La cualidad de "exigida" de la legítima defensa depende de consideraciones **normativas** y *ético-sociales*[64], mientras que la "necesidad" de la acción de defensa únicamente se orienta de acuerdo con las circunstancias fácticas, especialmente la forma y la intensidad del ataque[65]. Si bien ambos criterios pueden convertirse en el otro, ellos no se abarcan mutuamente. **509**

Sin embargo, en tanto el interés en la preservación del derecho no esté reducido de modo excepcional, este fundamento del § 32 tampoco resultará anulado por la calidad de requerida de la legítima defensa. De ello se sigue que la calidad de requerida de la legítima defensa no se suprime solo porque existe una posibilidad de elusión (sobre la necesidad, v. n. m. 498). Por lo regular, no tiene que exigirse al agredido una "**huida deshonrosa**". El recurso a organismos estatales, renunciando con ello al ejercicio del derecho de legítima defensa, solo es exigible cuando la ayuda de estos se encuentra a disposición inmediata[66].

Las limitaciones de la legítima defensa —y dado el caso también de la defensa de terceros—[67] fundamentadas ético-socialmente respecto a su finalidad, vienen en cuenta cuando en lugar de una rigurosa defensa agresiva **tiene que exigirse** al agredido, por razones especiales, otro comportamiento —soportar el ataque, huir, llamar a la policía, limitarse a una mera defensa protectora, etc.— **sin renunciar a intereses justificados**, cuando el **ordenamiento jurídico no necesita de una preservación** mediante un rechazo enérgico del ataque[68]. Aquí no existe una infracción del art. 103.II GG, puesto que las mencionadas limitaciones se mantienen en el marco del texto del § 32 (v. arriba n. m. 397) y, por último, solo representan limitaciones constitucionalmente inmanentes del derecho de legítima defensa[69]. **510**

63 *Fahl*, Jura 07, 743, 745; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 56; v. también *Sinn*, Beulke-FS, p. 271.
64 BGHSt 39, 374, 378.
65 Con más detalle *Eser/Burkhardt*, Strafrecht I, p. 122; *Roxin*, ZStW 93 [1981], 68, 79.
66 BGH VRS 30, 281; crítico *Pelz*, NStZ 95, 305; con más profundidad Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 32 n. m. 34.
67 *Kuhlen*, GA 2008, 282; *Norouzi*, JuS 04, 494. Detalles hasta ahora poco claros.
68 Cfr. BGHSt 42, 97; *Berz*, JuS 84, 340; *Kaspar*, RW 13, 40, 42 y ss.
69 *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 III 1; *Wohlers*, JZ 99, 434, 437; de otra opinión Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 32 n. m. 42; *Seebode*, Krause-FS, p. 375; *Sinn*, Wolter-FS, p. 503; *el mismo*, Beulke-FS, p. 271 y ss.

511 **b)** Las restricciones normativas a la cualidad de exigida de la legítima defensa pueden conducir —según cada constelación de casos— a una pérdida total del derecho de legítima defensa o a una limitación del derecho de defensa, de acuerdo con la **teoría de los tres niveles**[70]. Según ella, el defensor tiene en principio que *rehuir*; si esto no es posible, debe remitirse a una **defensa protectora**. Solo cuando esto tampoco ayuda en nada puede —aunque considerando lo máximo posible al agresor— pasar a una **defensa agresiva**[71].

512 Ante todo, el carácter requerido se discute en los siguientes **grupos de casos**[72]:

aa) Desproporción extrema: Una defensa cuyas consecuencias se hallan en una desproporción extrema respecto al eventual daño, resulta excesiva y, por eso mismo, no está permitida, incluso si la medida constituye el único medio posible para proteger el bien jurídico[73]. Este caso de la constatación del carácter requerido no debe confundirse con la constatación general de una proporcionalidad, que precisamente no se realiza en el § 32 (v. n. m. 507). Puesto que los daños a los bienes jurídicos del agresor ocasionados por la defensa pueden ser afectados de un modo especialmente desproporcional, en vista de los daños y lesiones que la agresión amenaza producir, entonces, la legítima defensa solo tiene el carácter de requerida cuando esa desproporción resulta excepcionalmente insoportable.

Ejemplo: G, propietario de un jardín que se encuentra postrado en una silla de ruedas, mantiene alejados de sus cerezos a unos pájaros con una escopeta de aire. No puede hacer lo mismo con el escolar S, quien se ha subido a uno de los árboles para disfrutar de los cerezos, disparándole directamente al cuerpo si S no ha reaccionado ante sus disparos de advertencia y tampoco existe a disposición otras posibilidades de defensa. Si bien aquí no puede dudarse de que existe una amenaza actual y antijurídica de S contra la propiedad de G, incluso tampoco si se considera que S, por su edad, es inimputable (cfr. § 19), puesto que la culpabilidad no resulta relevante para el concepto de la amenaza (v. n. m. 486); también es difícilmente posible negar la necesidad de un disparo directo como la única posibilidad para evitar inmediatamente la agresión. Dada la escasa relevancia que hay que conceder a los ataques de niños y al carácter de bagatela de los daños materiales inminentes para G (**agresión de bagatela**), una medida defensiva así de drástica no podría ser compatible[74] ni con el **principio**

70 *Kühl*, StV 97, 298; *Jahn*, JuS 06, 466; para una consideración en el marco del § 34: *Otto*, Frisch-FS, p. 589, 605 y ss.

71 Cfr. *Murmann*, Grundkurs § 25 n. m. 95; v. también S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 30: "Eskalationstrias".

72 *Rönnau*, JuS 12, 404; *Sowada*, Herzberg-FS, S. 459, 468; con más profundidad *Fasten*, Die Grenzen der Notwehr im Wandel der Zeit, 2011.

73 RGSt 23, 116, 117; BayObLG NJW 54, 1377; OLG Braunschweig MDR 47, 205; *Fahl*, JA 00, 460; *Kühl*, Jura 90, 244; con más profundidad *Nusser*, Notwehr zur Verteidigung von Sachwerten, 2012; v. también BGH NStZ 16, 333 (caso *Flucht*) respecto a la defensa del derecho de posesión.

74 *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 56, 73 ss.; cfr. también *Klesczewski*, Wolff-FS, p. 225, 244.

de defensa ni con la idea de la preservación del derecho, piedras angulares del derecho de legítima defensa (v. n. m. 481).

bb) Art. 2.II. lit. a CEDH: Es especialmente discutido —debido a la influencia del art. 2.II lit. a EMRK sobre el § 32— si **matar a una persona para defender cosas de valor** no puede nunca tener el carácter de exigido[75]. 513

La relevancia general de la CEDH surge de que en Alemania ella tiene el rango de una ley federal ordinaria y, además, de que, de acuerdo con el BverfG, el derecho alemán en su conjunto, inclusive el derecho constitucional, tiene que interpretarse a la luz de la CEDH (v. arriba n. m. 118).

El art. 2 II.a de la CEDH prevé una excepción a la prohibición de un "homicidio intencional", contenida en el párrafo 1, cuando aquel "es causado mediante el uso de violencia que resulta de todos modos necesaria para defender a alguien contra una violencia antijurídica". Una parte de la doctrina[76] deduce de esto que la CEDH permite un homicidio solo para la defensa frente a la violencia **contra la persona** "para *alguien*[...]", pero no para la defensa de agresiones contra bienes, lo cual únicamente se manifiesta en realidad de modo absolutamente claro en las versiones inglesa y francesa —inglés: "of any *person*"; francés: "de toute *personne*"—. Sin embargo, el problema radica en que la EMRK contiene derechos humanos que protegen a los individuos frente al Estado. En cambio, en el § 32 se trata de una relación entre ciudadanos, por lo cual la literatura hasta ahora dominante sobre la EMRK, en ese sentido, no concede al carácter requerido de la legítima defensa ninguna relevancia decisiva[77]. 514

Sin embargo, hay que reparar en que las garantías de la convención, respecto a los privados, pueden desplegar **efectos indirectos** recíprocos **para terceros**, puesto que la EMRK establece una "escala valorativa objetiva"[78]. No obstante, no se puede atribuir a la convención de modo general esos efectos indirectos, más bien ellos dependen de la amplitud de la garantía respectivamente afectada[79]. Que el art. 2 II.a EMRK se pueda interpretar en el sentido 515

75 Instructivo sobre la problemática general *Hillenkamp*, AT, S. 18 ss. (3. Problema); *Kühl*, ZStW 100 [1988], 406, 601.

76 *Frister*, GA 1985, 553; *Koriath*, en: Ranieri (Hrsg), Die Europäisierung der Rechtswissenschaft, 2002, S. 47; *Marxen*, Die "sozialethischen" Grenzen der Notwehr, 1979, p. 61.

77 Cfr. *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 250 s; *Jescheck/Weigend*, AT, § 32 V; *Kühl*, Jung-FS, p. 440; *Rönnau*, JuS 2012, 406; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 37.

78 Denominada "constitutional instrument", v. *Satzger*, International, § 11 n. m. 25.

79 Cfr. al respecto *Peters/Altwicker*, EMRK, § 2 n. m. 33; *Meyer-Ladewig*, EMRK, Art. 1 n. m. 10.

de que, mediante él, Alemania como Estado parte se obliga a comprender e interpretar su regulación interna sobre la legítima defensa de una forma tan restringida que no permita el homicidio para la protección de bienes, parece dudoso de acuerdo con la situación actual del desarrollo del derecho[80].

516 En el resultado, sin embargo, esta compleja cuestión no tiene que ser aclarada de modo concluyente. Pues la prohibición del homicidio del art. 2.I EMRK solo abarca el homicidio "**intencional**" (inglés: *intentionall*"; francés: *intentionnellement*), con lo cual solo se hace referencia al homicidio cometido con dolo directo —con intención o a sabiendas—[81]; sin embargo, por lo regular, en la defensa de bienes, a quien actúa en legítima defensa solo le importa la recuperación de la cosa, por lo que, en todo caso, respecto al hecho de matar, actúa con dolo eventual. Cuando, de otro modo, realice ese hecho con dolo directo, entonces, podría dudarse con razón de la necesidad de su comportamiento[82]. Por consiguiente, el art. 2.II.a EMRK carece, por lo menos de facto, de efectos limitantes sobre el carácter requerido de la legítima defensa.

517 En el **caso n.º 10a**, el carácter requerido de la legítima defensa no estaba ya excluido debido a una "extrema desproporción". Si bien en nuestro ordenamiento jurídico una vida humana posee claramente una mayor protección que la propiedad y el patrimonio, sin embargo, con base en la idea de la preservación del derecho, el § 32 concede un derecho a la legítima defensa especialmente intromisivo, alejado en lo fundamental de consideraciones de proporcionalidad. No obstante, si se reconoce que el art. 2.II.a EMRK obliga a una interpretación del § 32 en el sentido de que matar a una persona para defender bienes materiales nunca puede tener el carácter de exigido, entonces, es posible dudar de la concurrencia de una justificación. Sin embargo, más problemático resulta si el precepto de la EMRK puede de alguna forma aplicarse (mediatamente) a las relaciones entre privados. En todo caso, ello no lleva aquí a la negación de la legítima defensa porque el art. 2 II.a EMRK solo abarca el homicidio intencional (= es decir, cometido con dolo directo); sin embargo, J solo actuó con dolo eventual respecto a la muerte de A, como es típico en los casos de defensa de bienes con un desenlace mortal.

▶ Caso de ejemplo de *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 232.

80 Sobre ello *Satzger*, International, § 11 n. m. 33.

81 V., al respecto, Meyer-Goßner/Schmitt-*Schmitt*, Art. 2 MRK n. m. 3; *Roxin*, AT I § 15 n. m. 88; de otra opinión *Ambos*, Internationales Strafrecht, § 10 n. m. 78.

82 Cfr. *Roxin*, AT I § 15 n. m. 88.

cc) Ataques provenientes de personas inimputables: También existe un ataque cuando este es llevado a cabo por un inimputable (v. arriba n. m. 486). En caso de agresiones no dirigidas con ese fin y las que provienen de niños, sujetos en estado de ebriedad o en una clara situación de error[83], o de agentes no culpables (en supuestos excepcionales también de sujetos con culpabilidad disminuida), el afectado puede evitarlas de muchas maneras sin comprometer en nada su honor. Puesto que el ordenamiento jurídico no lleva a cabo un reproche de culpabilidad frente a estos "agresores", el interés en la preservación del ordenamiento jurídico también se encuentra reducido. De ello también se sigue una **limitación del derecho a la legítima defensa**: de acuerdo con la teoría de los tres niveles (v. n. m. 511), en primer lugar, el agredido tiene que evitar la agresión; cuando no existe la posibilidad de evitarla, siempre está permitida la defensa con fines de protección (defensa pasiva); por el contrario, repeler el ataque mediante una defensa agresiva (defensa activa) está permitido solo si se guarda la máxima consideración respecto al agresor[84]. 518

dd) Relación familiar estrecha: También vienen en consideración limitaciones ético-sociales del derecho de legítima defensa en el caso de personas con relaciones familiares estrechas (especialmente, entre cónyuges). Actos de violencia de mínima intensidad, que no representan un peligro serio para la integridad o la vida, no justifican aquí de manera inmediata el recurso a medios defensivos que puedan ocasionar la muerte del agresor. Más bien de la tensión entre el **derecho a la propia defensa** y la **posición de garante de protección** (§ 13 v. n. m. 1007 ss.) frente al agresor, surge, en primer lugar —de acuerdo con la teoría de los tres niveles (n. m. 511)—, el deber de evitar la agresión, cuando las circunstancias lo permitan. Si no existe la posibilidad de una evitación, entonces, en el ámbito de la defensa requerida tendrá que soportarse en caso necesario un maltrato 519

83 Si el agresor actúa en un error respecto al tipo permisivo, de acuerdo con la opinión dominante, decae el reproche de una culpabilidad dolosa, v. *infra* n. m. 708 s; pero quien en estos casos descarta ya el injusto doloso de la agresión basada en un error (v. n. m. 707), tiene consecuentemente que negar ya una situación de legítima defensa por ausencia de una agresión antijurídica; cfr., al respecto, OLG Hamm NJOZ 15 (Sala Civil), 1863 con discusión desde la perspectiva jurídico-penal, *Kudlich*, JA 16, 150.

84 BGHSt 3, 217; BSG JZ 00, 96 con observaciones *Roxin*; BayObLG NStZ 91, 433 con observaciones críticas, *Vormbaum*, JR 92, 163; BayObLG StV 99, 147; *Mitsch*, JuS 92, 289.

leve antes que se haga uso[85], como ***ultima ratio***, de medidas de defensa agresivas con consecuencias posiblemente mortales.

520 Ese punto de vista es acertadamente cuestionado[86] en la literatura cada vez con mayor frecuencia porque puede llevar a que al cónyuge, conviviente o familiar víctima de los abusos, no pueda defenderse adecuadamente, de modo que se instituya de facto una carta libre para maltratos. De cualquier modo, en el caso de relaciones —ya solo debido a su existencia puramente formal— carentes de contenido material, hay que rechazar[87] las limitaciones a la legítima defensa. Entretanto, el BGH ha dejado abierta, de manera explícita, la cuestión referida a su adhesión a esta limitación del derecho de legítima defensa[88], sin embargo, recientemente ha tomado de nuevo esto en consideración[89] —incluso, respecto a la relación entre dos primos—. Independientemente de ello, los maltratos con una mayor intensidad no pueden ser tolerados en ningún caso.

Por ejemplo, cuando se llevan a cabo actos violentos contra la cónyuge embarazada y el marido, pese a la advertencia que hace esta de defenderse con un cuchillo si se continúa con el ataque, toma impulso para golpearla nuevamente en la cabeza, no puede esperarse que aquella renuncie al *único resultado esperable* de la defensa mediante un cuchillo solo porque esto puede[90] conducir a la muerte de su marido.

521 **ee) Legítima defensa provocada**: De acuerdo con la opinión aquí defendida, una limitación especialmente importante del derecho de defensa la representan los casos de la denominada legítima defensa provocada. La jurisprudencia y la literatura dominante distinguen aquí, ante todo, según si el agredido ha provocado la agresión de forma **intencional** o **de algún modo reprobable**[91].

85 Cfr. BGH NJW 75, 62; *Amelung/Boch*, JuS 00, 261, 264; AnwK-StGB-*Hauck*, § 32 n. m. 14; *Kretschmer*, JR 08, 51, 53; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 83 y ss.; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 33.

86 Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 32 n. m. 48; *Mitsch*, Rechtfertigung, S. 389; *Montaner/Ortiz de Urbina*, GA 2013, 641, 649; *Voß*, Die Notwehrsituation innerhalb sozialer Näheverhältnisse, 2013, p. 79 y ss.; *Zieschang*, Jura 03, 527.

87 *Bosch*, JK 8/14, StGB § 32/39; MK-*Erb*, § 32 n. m. 196; *Schramm*, JA 13, 881, 886.

88 BGH JZ 03, 50 con observaciones *Walther*.

89 BGH NStZ 14, 451 con observaciones críticas *Bosch*, JK 8/14, StGB § 32/39.

90 BGH NJW 84, 986; BGH NStZ 94, 581; BGH JZ 03, 50.

91 Cfr. al respecto *Joecks*, St-K, § 32 n. m. 29 ss.; *Hillenkamp*, AT, S. 15; referido al caso: *Nestler*, JA 13, 262, 264; respecto a una defensa de terceros provocada *Kuhlen*, GA 2008, 282; *Norouzi*, JuS 04, 494.

Quien **provoca intencionalmente una agresión** para poder lesionar al agresor bajo el manto protector de la legítima defensa, actúa contrariamente al derecho y **no se puede ampararse** en la legítima defensa[92]. Es decir, en realidad, él mismo es el agresor, independientemente de si su comportamiento previo era antijurídico o solo ético-socialmente reprobable[93]. Por consiguiente, a él también le falta una voluntad defensiva relevante[94]. Quien deliberadamente pretende abusar del derecho de legítima defensa no tiene de su lado al derecho, de modo que la exclusión del derecho de legítima defensa tampoco contiene una renuncia a posiciones merecedoras de protección. Más bien el riesgo de una lesión de los bienes jurídicos del "defensor" yace en su propio ámbito de competencia, al final él ha "prestado su consentimiento" para poder realizar su plan relativo a la provocación de una agresión. 522

Por eso, hay que rechazar la opinión contraria que concede el derecho de legítima defensa (completamente o, por lo menos, de forma limitada) al provocador que ha actuado deliberadamente, debido a que el provocador intencional no podría ser colocado en un estado de indefensión en el ámbito de la agresión provocada y porque el ordenamiento jurídico podría exigir del provocado una resistencia a la provocación[95]. Respecto a la discutida posibilidad de una fundamentación de la punibilidad del provocador sobre la figura de la *actio illicita in causa*, v. abajo n. m. 527.

La agresión provocada acabada de mencionar no debe ser confundida con la intensamente discutida **provocación de la defensa**[96]. Bajo esta última denominación, se hallan aquellos casos en los que alguien se coloca en una situación esperable de legítima defensa, sin embargo, se "equipa" conscientemente de modo exagerado para ella, de modo que luego, en la concreta situación conflictiva, una defensa con ese medio (peligroso) aparece como la única posible y, por consiguiente, necesaria. 523

92 BGHSt 48, 207; BGH StV 11, 588.

93 S/S-*Perron*, § 32 n. m. 55; de otra opinión; *Kühl*, AT, § 7 n. m. 215; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 253; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 65; SK-*Günther*, § 32 n. m. 125.

94 V. RGSt 60, 261, 262; BGH NStZ 03, 425, 427; *Fischer*, § 32 n. m. 42.

95 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 n. m. 38; *Mitsch*, Rechtfertigung, p. 406; *Hassemer*, Bockelmann-FS, p. 225, 243; NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 146; *Renzikowski*, Notstand und Notwehr, 1994, p. 112, 302; a favor de una limitación del derecho de legitima defensa, por ejemplo *Jescheck/Weigend*, p. 346 s; SK-*Günther*, § 32 n. m. 125.

96 Cfr., al respecto, OLG Stuttgart NJW 92, 850, sin embargo, donde este concepto es usado en otro sentido al que es utilizado aquí –y como es usual–; en general sobre la problemática *Küpper*, JA 01, 440.

Ejemplo: V sabe que tan pronto se aparezca por la noche en una discoteca cercana, será atacado violentamente por A, más corpulento que él, debido a una disputa por la bella F. Por esa razón, se prepara con anterioridad y en lugar del gas pimienta y de la manopla que porta usualmente, también lleva a la discoteca una navaja automática. V quiere utilizar la navaja tan pronto se produzca el ataque peligroso para su vida, como único medio de defensa a su disposición para, de ese modo, poder lesionar a A bajo la protección del ordenamiento jurídico (y, al mismo tiempo, no limitarse al efecto lesivo más leve de la manopla o del gas pimienta).

De acuerdo con una opinión acertada, cuando el agredido, como en el ejemplo, recurre consciente e intencionalmente al medio más peligroso y renuncia previamente a otro medio más benigno[97], no surgen ya por sí mismas limitaciones para el ámbito de lo requerido. Siempre que el agredido no haya, por lo menos, (co)causado (v., al respecto, abajo n. m. 524) el ataque de una forma ético-socialmente desaprobada, habrá que afirmar que solo el agresor posee la responsabilidad por la agresión, lo cual no cambia en nada por el hecho de que quien resulta posteriormente atacado se haya armado de manera previa. Por cierto, la voluntad defensiva de este último en la situación concreta está exenta de dudas. Finalmente, tampoco se advierte en estos casos un abuso del derecho por parte del defensor; más bien el derecho de legítima defensa no puede tener ningún efecto previo de tal amplitud y clase, esto es, que alguien tenga que guardar precaución y moderación[98] en la elección de su vestimenta y de las cosas que porta únicamente porque otro lo puede llevar a una situación de legítima defensa.

524 **A quien no provoca intencionalmente una situación de legítima defensa, pero lo hace de otra manera reprochable,** le corresponde el derecho de legítima defensa, pero solo en la extensión limitada de acuerdo con la teoría de los tres niveles (v. n. m. 511); por consiguiente, en lo posible se tiene que evitar la agresión de la que también se es culpable. En caso de que no haya posibilidades de evitación, se tendrá que limitar, en el marco de lo exigible, a acciones defensivas. Cuando esa legítima defensa pasiva (dado el caso, conectada con un pedido de ayuda) baste para rechazar la agresión, no se podrá pasar al nivel de la legítima defensa agresiva. Sin embargo, no se puede exigir

97 Sin embargo, en ese sentido, por ejemplo, *Krey/Esser*, AT, n. m. 564; *Lindemann/Reichling*, JuS 09, 496; *Rengier*, AT, § 18 n. m. 101 s; S/S-*Perron*, § 32 n. m. 61b; diferenciado *Küpper*, JA 01, 438, 440.

98 Así, en el resultado, también *Murmann*, *Grundkurs*, § 25 n. m. 102; *Fischer*, § 32 n. m. 43; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 189 y s.; MK-*Erb*, § 32 n. m. 236; NK-*Herzog*, § 32 n. m. 119.

al provocador tolerar lesiones considerables en su perjuicio. Cuando ya no existan otras posibilidades disponibles —incluyendo el recurso a ayuda ajena, también privada—[99] o estas no garanticen una defensa adecuada, también está permitido el uso de armas e, incluso, en casos de emergencia extraordinarios, matar al agresor[100], siempre según la intensidad de la agresión (no obstante, cfr. también n. m. 527).

Se discute acerca de cuándo la causación de la situación de legítima defensa se produce de modo "reprochable". Existe unanimidad respecto a que un comportamiento previo socialmente adecuado no puede considerarse como una provocación, incluso cuando es previsible que conduce a una situación de legítima defensa. Mientras que la literatura dominante exige siempre un **comportamiento previo antijurídico**[101], puesto que difícilmente podría negarse el derecho a defenderse bajo el recurso al principio de la preservación del derecho a quien se comporta de conformidad con él[102], para la jurisprudencia basta ya un comportamiento *ético-socialmente reprobable*[103]. **525**

Las limitaciones del derecho de legítima defensa como consecuencia de un comportamiento previo reprochable siempre tienen como presupuesto que, por un lado, exista una estrecha relación espacial y temporal entre el comportamiento previo provocador y la agresión resultante de él en el sentido del § 32, y, además, que represente una consecuencia previsible y adecuada del acto de provocación (**relación de provocación objetiva**)[104]; y por otro lado, que mediante el comportamiento previo la esfera jurídica del agresor o de una **526**

99 BGH NStZ 14, 451, 452.

100 BGHSt 24, 356; 26, 143;26, 256; 39, 374; BGH JZ 01, 661 con obs. *Roxin*; BGH NStZ 02, 425 con discusión *Heger*, JA 03, 8; BGH NStZ 14, 451; NStZ 16, 84 con discusión *Hecker*, JuS 16, 177; crít., en general, *Matt*, NStZ 93, 271.

101 BK-*Momsen*, § 32 n. m. 38; *Freund*, AT, § 3 n. m. 117; *Grünewald*, ZStW 122 [2010], 51, 79; *Köhler*, AT, p. 273; *Krack*, JR 96, 468; MK-*Erb*, § 32 n. m. 234; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 72; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 255.

102 *Kühl*, Jura 91, 57, 61; *Lenckner* JZ 73, 253, 254 y ss.; Cfr. también *Murmann*, Grundkurs, § 25 n. m. 102.

103 BGHSt 42, 97; BGH StV 06, 234 con observaciones *Roxin* y *Bosch*, JA 06, 490; *Kühl*, AT, § 7 n. m. 223a; *Schünemann*, JuS 79, 279.

104 BGH StV 06, 234 con anotaciones *Roxin*; BGH NStZ 09, 626 con discusión *Hecker*, JuS 10, 172; BGH StV 11, 223 con discusión a favor *Kudlich*, JA 11, 233; BGH NStZ-RR 15, 303; NStZ 16, 84 con discusión *Hecker*, JuS 16, 177; *Engländer*, Wolter-FS, p. 319, 326 y s.; *Oğlakcıoğlu*, HRRS 10, 106.

persona cercana a él resulte afectada, de modo que precisamente aquel pueda sentirse individualmente provocado (**relación de provocación subjetiva**)[105].

527 El tratamiento de la provocación de la legítima defensa sería incompleto si no se considerara que algunos autores[106], quienes también afirman el § 32 en los casos de provocación intencional o de algún otro modo reprochable de la situación de legítima defensa, sin embargo, llegan a una punibilidad del provocador con base en un delito doloso o imprudente. Al mismo tiempo, viene en aplicación la figura de la ***actio illicita in causa*** (AIIC), es decir, la acción que en principio no está permitida. Esta muestra similitudes claramente constructivas con la ***actio libera in causa*** (al respecto, n. m. 633 ss) y la ***omissio libera in causa*** (al respecto n. m. 1041)[107].

Ejemplo: A daña el flamante Porsche perteneciente al fácilmente irascible B, mucho más corpulento que él, para provocar que B lo agreda. A quiere aprovechar la ocasión para, en el marco de lo necesario, atacar a B con su cuchillo para dejarle una cicatriz como recuerdo de la pelea. El plan tiene resultado.

En principio, la acción defensiva será aislada y considerada independientemente del surgimiento de la situación de legítima defensa; de esa forma, es posible afirmar sin problemas el § 32. El punto de apoyo para una punibilidad es visto más bien —de modo independiente— en el comportamiento previo, es decir, en los daños materiales provocados. Estos representan, entonces, no solo el hecho del § 303, sino también, al mismo tiempo, el inicio típico y (en tanto no esté justificado) antijurídico de la ejecución de las lesiones corporales (peligrosas) contra B, posteriormente cubiertas por el § 32. Puesto que el suceso global (a excepción de la pelea real) era antijurídico en su punto de partida, A será sancionado según esa opinión por los §§ 223, 224.

528 Independientemente de las posibles útiles aplicaciones de la AIIC, el recurso a esta figura para la solución de los casos de provocación de la legítima defensa no es convincente[108]. Aquí la AIIC no es solo irrelevante, sino que

105 *Zaczyk*, JuS 04, 750, 754.

106 Por ejemplo, *Baumann*, MDR 1962, 349; *Bertel*, ZStW 84 (1972), 14 y ss.; limitado al caso de una ausencia de evitación del provocador, S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. § 32 n. m. 23; v., respecto a la *actio illicita in causa*, también *Ebert*, AT, S. 80; *el mismo*, Fallbuch, S. 84 (caso 4); *Haft*, p. 91.

107 Detalladamente al respecto, *Satzger*, Jura 06, 513 y ss.

108 Con más detalle, BGH NStZ 83, 452; 88, 450; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 68, 74; SK-*Günther*, § 32 n. m. 122; instructivo en general *Beulke*, Jura 88, 641; *el mismo*, JR 90, 380; *Kühl*, Jura 91, 57, 175; *Satzger*, Jura 06, 513, 518; crítico *Arzt*, JZ 94, 314; *Mitsch*, GA 1986, 533; NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 146; *Puppe*, Küper-FS, p. 443; *Stuckenberg*, JA 02, 172; *Voigt/Hoffmann-Holland*, NStZ 12, 362.

a ella se opone la crítica de que el provocado actuará como consecuencia de una decisión libre, de modo que falta una suficiente relación de imputación entre el comportamiento previo y las consecuencias causadas en la situación de legítima defensa por el agresor que ha sido provocado[109].

Por eso, aquel que ejerce de modo permitido una defensa agresiva en una situación de legítima defensa provocada culpablemente (v. n. m. 524) tampoco puede ser sancionado por un hecho imprudente como consecuencia de ese comportamiento previo[110].

Al final, en el **caso 10b**, el comportamiento previo de P (abrir la ventana) no era antijurídico, aun cuando el BGH en el caso subyacente (BGHSt 42, 97, 100) clasificó esto de modo equivalente "a una ofensa grave debido a su relevancia". En todo caso, ello tenía que desaprobarse desde el punto de vista ético-social, lo que de acuerdo con la jurisprudencia basta, por lo menos, para aceptar una provocación de la legítima defensa con efectos sobre su carácter de requerida. Esto no cambia en nada por la circunstancia de que el comportamiento de M no fue correcto. En cualquier caso, teniendo en consideración la brevedad del trayecto, P no reaccionó de manera inadecuada cuando abrió la ventana y, con ello, cocausó de modo reprochable la situación de legítima defensa. Por eso, en el marco de la pelea, tendría que haberse restringido a una acción defensiva y a pedir ayuda. **529**

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 213.

ff) Chantaje: En la literatura se discute parcialmente, como un grupo adicional de casos en los que se limita el derecho de legítima defensa, el del denominado chantaje. La agresión que fundamenta la situación de legítima defensa yace aquí en el hecho de que el chantajista amenaza con revelar hechos comprometedores, sobre todo denunciar un hecho punible cometido por parte de la víctima del chantaje. Si la víctima del chantaje se defiende (por medio de actos violentos contra el chantajista, destruyendo las fotos, etc.), entonces, es digno de protección solo en determinados casos. Pues, en realidad, no actúa con el fin de preservar el derecho; para ello más bien tendría que descubrirse frente a las agencias de persecución del delito. Naturalmente, que estas tomen conocimiento de los hechos punibles cometidos por el chantajeado no convierte en todos los casos la acción de este en inexigible. Si se inician procesos contra él, viene en consideración[111], bajo ciertas circunstancias, un sobreseimiento con base en el § 154c StPO. Sin embargo, de esa manera, la mayoría de las veces la revelación de un **530**

109 Cfr. *Mitsch* GA 1986, 533, 543; *Satzger*, Jura 06, 513, 520; *Stuckenberg* JA 01, 894, 902 y ss.

110 De otra opinión, BGH JZ 01, 661 rechazando esto con acertadas críticas *Roxin*; *Jäger*, JR 01, 512; cuestión abierta en BGH StV 11, 156 con discusión crítica *Hecker*, JuS 11, 272; en el resultado, también *Eisele*, NStZ 01, 416; *Engländer*, Jura 01, 534; *Hruschka*, ZStW 113 [2001], 870; con dudas, *Mitsch*, JuS 01, 751.

111 Detalles LR-*Beulke*, § 154c StPO.

secreto comprometedor es no evitable. En vista de esta situación especial y compleja solo parece adecuada una solución de compromiso: **medidas defensivas leves hasta medianamente graves** (por ejemplo, invasión del domicilio del chantajista, hurto de los documentos comprometedores) pueden clasificarse como justificados por la legítima defensa. Por el contrario, en el caso de **daños graves**, especialmente actos de violencia contra el chantajista o incluso darle muerte, no se puede en la mayoría de ocasiones afirmar la necesidad, puesto que la policía puede rechazar la agresión más efectiva y rápidamente; por lo menos tiene que negarse, en ese sentido, el carácter de requerida de la acción de legítima defensa[112].

531 **gg) Defensa contra medidas policiales antijurídicas:** Si las medidas policiales son antijurídicas, entonces, de acuerdo con una opinión que merece aprobación —la cual no modifica[113] de una forma "específicamente jurídico-penal" el concepto de antijuridicidad—, las acciones defensivas dirigidas contra ellas no tendrán el carácter de requeridas si las agencias de ejecución no actúan con evidente mala fe o en contra de los deberes del cargo, y si la acción de ejecución no amenaza con provocar ningún daño irreparable, mientras que mediante la acción defensiva son de temer lesiones relevantes o la muerte del funcionario. Del fundamento jurídico del § 113 III, IV.2 se derivaría que el agredido tendría que remitirse en todo caso a la vía judicial[114].

4. La voluntad defensiva

532 Finalmente, de acuerdo con una opinión acertada, son necesarios dos presupuestos en el ámbito subjetivo: en primer lugar, el autor tiene que haber **reconocido** la existencia de una situación de legítima defensa; en segundo lugar, tiene que actuar con la intención de parar la agresión y de preservar el bien jurídico amenazado (v. n. m. 401 ss.).

533 Al mismo tiempo, la **voluntad defensiva** no tiene que ser el único motivo de la acción; motivos concomitantes como el odio o el deseo de venganza no lo relegan completamente a un segundo plano (v. n. m. 404). La existencia del elemento subjetivo de la justificación puede venir en cuestión, por ejemplo, en casos de peleas consentidas, puesto que aquí la voluntad agresiva y defen-

112 *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 263 s; *H.E. Müller*, Schroeder-FS, S. 323; *Roxin*, AT I, § 15 n. m. 89; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 32 n. m. 46; cuestión explícitamente dejada abierta BGHSt 48, 207 con discusión *Erb*, NStZ 04, 369; abw. *Kaspar*, GA 2007, 36; a favor de la solución del estado de necesidad: *Morbach*, Die Chantage–Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe des sich wehrenden Opfers einer Schweigegelderpressung, 2007.

113 Respecto a los requisitos bajo los cuales tiene que considerarse que un ataque proveniente de la autoridad es antijurídico, v. supra n. m. 495a.

114 OLG Hamm, JR 10, 361 con observaciones críticas *Zimmermann*, JR, 10, 363 ss., cfr. también LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 116 ss.; sobre el § 113 *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 635 y ss.

siva se transforman una en otra, a menos que uno de los adversarios se haya esforzado en hacer reconocer que no quiere continuar con la pelea[115].

5. Exceso en la legítima defensa y legítima defensa putativa

Si el agredido sobrepasa consciente o inconscientemente los límites de la legítima defensa permitida, entonces, actúa de forma contraria al derecho. Sin embargo, puede ser disculpado con base en el § 33 (**exceso en la legítima defensa;** cfr. n. m. 666 y ss.). 534

También es antijurídica la defensa frente a una agresión solo supuesta (**legítima defensa putativa**), cuyas consecuencias jurídicas se orientan según las **reglas del error** (cfr. n. m. 694 y ss.).

En el **caso 10a**, J ha realizado tanto el tipo objetivo como el tipo subjetivo del homicidio (§ 212). Sin embargo, su comportamiento no fue antijurídico, pues está cubierto por la causa de justificación de la legítima defensa. Especialmente, porque el disparo mortal era necesario desde una consideración objetiva *ex ante*. En el resultado, el carácter requerido de la causación de la muerte con el fin de salvar objetos de valor tampoco puede excluirse con base en el art. 2 II lit. a EMRK. Por consiguiente, J no es punible. 535

En el **caso 10b**, P ha realizado el tipo de homicidio (§ 212); se excluye una legítima defensa (§ 32). Si bien M ha atacado a P de un modo antijurídico, sin embargo, debido al comportamiento previo de P, ético-socialmente reprobable, la acción defensiva no puede ser amparada por el derecho y, por consiguiente, no puede tener el carácter de "exigida"; v. n. m. 521 y ss.

6. Resumen

De manera resumida, según el § 32, tiene que distinguirse entre los siguientes **requisitos de la legítima defensa**: 536

(1) Elementos objetivos.
  (a) Situación de defensa.
    – Agresión contra intereses jurídicamente protegidos.
    – Actualidad de la agresión.
    – Ilegitimidad de la agresión.
  (b) Acción defensiva.
    – Frente al agresor.

115 BGH NStZ 90, 435; NJW 13, 2133; NStZ 14, 147.

- Necesidad de la acción defensiva.
- Idoneidad.
- Necesidad (medio relativamente más benigno).
- Carácter de exigida (constatar solo en caso de indicios para ello).
- Grave desproporción de los bienes jurídicos.
- Agresión de niños, sujetos en situación de error, inimputables.
- Relaciones familiares estrechas.
- Provocación de la legítima defensa, comportamiento previo reprochable.

(2) Elemento subjetivo de justificación (= voluntad defensiva).

Jurisprudencia actual sobre el § 10:

— BGH NStZ 12, 272 (caso *Hells Angels*); BGH StV 13, 503; NStZ-RR 15, 303; OLG Frankfurt NStZ-RR 13, 107: Si bien el uso de un medio defensivo peligroso para la vida con fines de legítima defensa tiene que haber sido anunciado en principio (amenaza verbal, disparo de advertencia [...]) y tiene que hacerse el intento por afectar zonas corporales menos importantes; sin embargo, existe el riesgo reconocible de que en la concreta "situación de enfrentamiento" tales medidas no lleven a la terminación a tiempo del ataque; en ese caso, un disparo mortal o un corte sin advertencia previa pueden estar justificados según el § 32 (cfr. n. m. 501).

— BGH NStZ 14, 147: Si el autor se ha involucrado de común acuerdo en una gresca, en la que se suceden las agresiones y las acciones defensivas, entonces, no puede recurrir a la legítima defensa en caso de que falte la voluntad de defensa al usar el cuchillo y cortar a su oponente porque "ha perdido". Sin embargo, esto es distinto cuando este último manifiesta no querer continuar con la pelea y, por ello, solo se convierte en agredido, aunque en este contexto viene en consideración una limitación del derecho de legítima de defensa, de acuerdo con los principios de la provocación de la legítima defensa (cfr. n. m. 521 y ss., 532).

— BGH NStZ 14, 451: En caso de un vínculo personal cercano, el derecho de legítima de defensa tiene que ser limitado en el sentido de que un medio defensivo peligroso para la vida no puede ser utilizado sin más cuando solo existe el peligro de que se produzcan lesiones corporales leves (cfr. n. m. 519 s).

— BGH NStZ 15, 151: Quien ejerce la legítima defensa solo tiene que recurrir a medios defensivos menos peligrosos cuando su efecto defensivo es indudable y existe suficiente tiempo para la estimación de la situación; por lo regular, hay que advertir del uso de un cuchillo frente a un agresor desarmado (cfr. n. m. 500 s).

— BGHSt 60, 253 con discusión *Bosch*, Jura (JK) 15, 1392: La conformidad con el derecho del comportamiento del portador de la autoridad estatal se determina en el marco del § 32 II (como también respecto del § 113 III), según un concepto jurídico-penal independiente de la conformidad con el derecho. Lo decisivo es si concurren "los requisitos externos para la intervención del funcionario" (cfr. n. m. 495a, 531).

— BGH NStZ 16, 333 (caso *Flucht*) con discusión *Bosch*, Jura (JK) 16, 702 y *Eisele*, JuS 16, 366, así como *Rückert*, NStZ 16, 334: **(1)** Si el autor dispara sin previa advertencia contra quien ha cometido un robo y se da a la fuga, y asume que quien se fuga no tiene el botín, entonces, falta la necesaria voluntad defensiva del autor, de modo que se excluye la legítima defensa. **(2)** Para la defensa del patrimonio contra un autor que se encuentra a la fuga, los disparos inmediatos en la parte superior del cuerpo no son el medio relativamente más leve; antes bien, quien se defiende debe apuntar a las piernas de quien huye (v. n. m. 501). **(3)** Si bien, en general, el derecho de posesión de la vivienda también puede ser defendido con medios graves, sin embargo, si el menoscabo del agresor vinculado a la defensa se encuentra en una grave desproporción respecto a la clase y extensión de la lesión jurídica que es amenazada con la agresión, entonces, la legítima defensa no está permitida. Esto es así, entre otros supuestos, cuando en casos de robo el autor deja el terreno dándose a la fuga y resulta inminente la culminación de la lesión del derecho de posesión sobre la vivienda (cfr. n. m. 501, 512).

— OLG Hamm (Zivilsenat) NJOZ 15, 1863 con discusión desde la perspectiva jurídico-penal *Kudlich*, JA 16, 150: Un derecho de defensa (ilimitado) de un detenido injustamente se halla excluido, cuando quien realiza la detención yerra sobre las circunstancias fácticas del derecho de detención de un modo reconociblemente no culpable. Más bien, la aclaración respecto a la inexistencia de la agresión o la espera a la policía representan medios adecuados para terminar la detención ilegítima y, además, —dado que así se evita una

escalada— es el medio más benigno en comparación con una defensa agresiva (cfr. n. m. 518).

— BGH NStZ 16, 84 con discusión *Hecker*, JuS 16, 177: El derecho de defensa experimenta una limitación (huida, defensa protectora, defensa agresiva) cuando existe un comportamiento precedente del agredido que resulta contrario al deber, el cual, en el marco de una valoración racional de todas las circunstancias del caso concreto, hace parecer a la agresión como una consecuencia adecuada y previsible de la infracción del deber del agredido. Este es el caso cuando entre el comportamiento precedente reprochable ético-socialmente y la agresión antijurídica existe una relación causal temporal y espacialmente estrecha y, según el conocimiento del autor, también resulta adecuado provocar una agresión. Una disculpa según el § 33 no está excluida en la constelación de una provocación de otro modo reprochable de la legítima defensa (Cfr. n. m. 524 y ss. así como n. m. 668).

§ 11. Causas de justificación II: El consentimiento

537 **Caso n.° 11**

a) M, director de un museo, se encuentra realizando un *tour* de senderismo en Nepal. De acuerdo a lo encargado, su esposa F le dejó el correo recibido sin abrir sobre su escritorio. Una carta dirigida por la agencia tributaria a M es abierta por ella tras algunas dudas, preocupada por si acaso M podía incumplir algún plazo. Para su sorpresa, la carta contiene solo una comunicación sobre el reintegro de impuestos, esperada por M desde hace algún tiempo y de lo cual F no sabía nada. ¿Está cubierto el comportamiento de F por una causa de justificación? (**n. m. 538, 589**).

b) S, quien tiene 13 años, se deja marcar por B con un fierro caliente sobre el muslo como parte de una "prueba de valor" voluntaria para ser aceptado en una "pandilla juvenil", lo cual, junto a la quemadura, tiene como consecuencia una dolorosa infección. ¿Se ha hecho punible B por un delito de lesiones corporales? (**n. m. 589**).

I. Delimitación: El acuerdo excluyente del tipo y el consentimiento justificante

538 En el **caso n.° 11a**, F podría haber realizado el tipo penal del § 202.I Nr 1 y haberse hecho responsable de una **lesión del secreto de correspondencia** (delito

perseguible a solicitud de parte, de acuerdo con el § 205). Ella abrió dolosamente una carta cerrada, cuyo conocimiento estaba dirigido a M y no a ella. Una acción es "sin autorización" en el sentido del § 202 cuando se lleva a cabo sin el asentimiento previo de quien está facultado a ello y no está permitida en virtud de la ley (cfr. §§ 99, 100 StPO; § 1631 BGB) ni cubierta por medio de la actuación en un presunto interés del destinatario. En tal sentido, se discute si ese previo asentimiento del sujeto legitimado excluye ya la tipicidad del comportamiento o solo la antijuridicidad del hecho (cfr., al respecto, LK-*Schünemann*, § 202 n. m. 38; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 555).

Si la víctima del hecho está conforme en renunciar a sus intereses protegidos por el tipo de un hecho punible, puede excluirse la punibilidad. Desde una perspectiva más cercana, se reconoce que esa conformidad posee un significado diverso —según la clase del tipo del que se trate—: ella puede tener como consecuencia la **exclusión de la tipicidad** o un efecto **justificante**[1]. Esta distinción es referida ya implícitamente de un modo conceptual por la literatura dominante, que en el primer caso habla de un **acuerdo** (excluyente del tipo) y en el segundo caso de un **consentimiento** (justificante)[2]. **539**

Tradicionalmente, se realiza la siguiente distinción específicamente típica: **540**

Si el carácter delictivo de un hecho punible se basa precisamente en la circunstancia de que es cometido **contra la voluntad o sin la conformidad** del afectado (como, por ejemplo, la utilización de "violencia" en el sentido del § 177.I Nr 1), entonces, la existencia de una conformidad de la víctima impide la configuración del tipo ya desde la perspectiva **fáctica**. Aquel a quien el propietario de una casa le solicita entrar en ella no puede "penetrar" en ella al mismo tiempo —el elemento típico de la "penetración" implica ya conceptualmente un elemento de contrariedad a la voluntad—.

Respecto a los demás tipos, la conformidad de la víctima se puede valorar como **renuncia voluntaria a sus bienes jurídicos**. En estos casos, si bien la voluntad de conformi-

1 Fundamental *Gropp*, GA 2015, 5 y ss.

2 Sobre la distinción BGHSt 23, 1, 3; *Beckert*, JA 13, 507; *Geppert*, ZStW 83 [1971], 947; *Gropp*, GA 2015, 5 y ss.; *Jakobs*, AT, 7/111; *Mitsch*, Rechtfertigung, p. 79; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 146 y ss.; *el mismo*, JuS 07, 18.

dad de la víctima no cambia en nada la configuración del tipo, el comportamiento del autor puede estar justificado por el consentimiento de la víctima. Obviamente, esto depende de si la conformidad es considerada relevante con base en criterios normativos. Por ello, la eficacia de aquella depende, por ejemplo, de la madurez intelectual de quien presta el consentimiento; los defectos de voluntad de este último llevan por lo regular a la ineficacia del consentimiento[3].

541 Una opinión defendida de modo cada vez más frecuente rechaza esa distinción y atribuye ya al **consentimiento —del mismo modo que al acuerdo— un efecto excluyente del tipo**[4]. El fundamento de ella radica en la idea acerca de que los bienes jurídicos protegidos típicamente están definidos precisamente por su servicio para el libre desarrollo del individuo. Por eso, no se podría hablar de una lesión de un bien jurídico cuando el afectado habría estado de acuerdo con esa injerencia.

Sin embargo, este no es el punto decisivo: pues que en virtud de la conformidad de la víctima falte la lesión de un bien jurídico no requiere de una exclusión del tipo. La ausencia de una lesión del bien jurídico también puede manifestarse por medio de una causa de justificación. Más bien, lo que habla decisivamente a favor —por lo menos en el punto de partida— de la distinción fundamental entre acuerdo (excluyente del tipo) y consentimiento (justificante) es que aquel que efectúa una intervención en bienes jurídicos ajenos (como, por ejemplo, en la integridad corporal o en la propiedad) abarcados por el texto del tipo, realiza una conducta prohibida legalmente desde una perspectiva abstracta general y, en todo caso, realiza en principio un desvalor abstracto, para cuya supresión se requiere en un segundo paso de una causa de justificación[5]. Además de ello, la usual distinción se puede basar en el texto claro del § 228, el cual establece las consecuencias del consentimiento explícitamente en el ámbito de la antijuridicidad ("solo actúa antijurídicamente cuando").

542 En consecuencia, junto a la literatura dominante, tiene que asumirse que la clasificación sistemática diferenciada de ambas figuras y, por consiguiente, las diferencias resultantes respecto a la función y naturaleza del acuerdo excluyente del tipo, por un lado, y del consentimiento justificante, por el otro,

3 BGHSt 16, 309, 310.

4 *Gössel/Dölling*, BT/1, § 38 n. m. 42; *Jäger*, *Zurechnung*, S. 22; *Rönnau*, S. 116 y ss.; *Roxin*, AT I, § 13 n. m. 11 y ss.; MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 126 y ss.; *el mismo*, Einwilligung und Einverständnis, 1985; *Weigend*, ZStW 98 [1986], 45, 61; v. también *Schild*, p. 61 y ss.

5 Acertadamente, *Gropp*, AT, § 6 n. m. 57; *Jescheck/Weigend*, AT, § 34.I 3; *Kargl*, GA 2001, 538; *Köhler*, AT, p. 245; *Krey/Hellmann/Heinrich*, BT/2, n. m. 31 y ss.; *Kubink*, JA 03, 262; *Otto*, Jura 04, 679.

requieren **en lo fundamental de distintos criterios para la constatación de la concurrencia de sus requisitos.**

Esto es pasado por alto por parte de la doctrina que —independientemente de la clasificación del acuerdo y del consentimiento en el marco de la estructura del delito— quiere **determinar en general los respectivos requisitos de eficacia conforme a principios comunes**[6].

A la crítica aquí expresada hay que conceder que excepcionalmente —según el tipo— también en el ámbito del acuerdo típico existen estructuras de casos en las cuales la eficacia del acuerdo tiene que determinarse de la mano de **criterios normativos** y, con ello, en forma similar al consentimiento justificante.

Ejemplo: En el tipo de abuso de la administración desleal (§ 266), la conformidad del dueño del patrimonio para asumir negocios riesgosos permite, bajo determinadas circunstancias, dejar de lado el elemento de la "infracción del deber" o del "abuso" y, en tal sentido, tiene **efectos excluyentes del tipo**. Sin embargo, no se puede hablar en ningún caso de un acuerdo si el dueño del patrimonio era inexperto en el ámbito de los negocios y su aprobación fue obtenida[7] alterando los factores relevantes del riesgo.

Indicación: Una comparación resumida entre acuerdo y consentimiento se encuentra en el n. m. 1143.

II. El acuerdo excluyente del tipo

1. Ámbito de aplicación del acuerdo

El **acuerdo** del afectado no representa una causa de justificación, sino que excluye ya la tipicidad del hecho cuando el desvalor de este es deducido, de acuerdo con la descripción legal del comportamiento, de su realización **contra** o **sin la voluntad del ofendido**[8]. 543

6 Así, por ejemplo, *Jescheck/Weigend*, AT, § 34.I 2 a; *Kindhäuser*, AT, § 12 n. m. 6; v. también *Arzt*, Willensmängel; de otra opinión, *Bernsmann*, NZV 89, 52; *Kühl*, AT, § 9 n. m. 42 y ss.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 9 n. m. 11.

7 Cfr. Matt/Renzikowski-*Matt*, § 266 n. m. 93; LK-*Schünemann*, § 266 n. m. 100; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 758.

8 Más detalladamente, BGHSt 23, 1; sobre un acuerdo eventual: *Rönnau*, Roxin II-FS, p. 487.

Esto es aplicable, por ejemplo, respecto a los §§ 248b, 235, 266, así como respecto de aquellos delitos que contienen un **ataque a la libertad de determinación o manifestación de la voluntad** como, por ejemplo, los §§ 177, 239, 240, 249, 252, 253 y 255. De acuerdo con la naturaleza de las cosas, no hay lugar para superar una voluntad opuesta mediante el empleo de "violencia" (§ 177.I Nr 1) o por la vía del "encierro" (§ 239) si el afectado está de acuerdo con que se lleve a cabo la correspondiente acción[9]. Algo similar existe en la violación de domicilio y el hurto, donde el elemento de la "penetración" (§ 123) o de la "sustracción" (§ 242) está excluido debido a la conformidad del propietario o del poseedor.

544 En el caso de los daños materiales (§ 303), es dudoso si la conformidad del propietario respecto al daño o a la destrucción de la cosa excluye el tipo (acuerdo) o si tiene efectos justificantes (consentimiento). En el caso de los daños materiales "normales", según el § 303.I, únicamente se atribuía a la conformidad del propietario casi unánimemente efectos justificantes. Luego de que en el año 2005 entrara en vigencia un nuevo texto del § 303.II (*Graffitigesetz*), las variaciones de la apariencia de una cosa ajena son solo punibles cuando se actúa "sin autorización"[10]. La conformidad del propietario excluye aquí ya una lesión de la conformación de la voluntad y, en ese sentido, representa un acuerdo excluyente del tipo; sin embargo, las autorizaciones que surgen de normas autoritativas jurídico-públicas solo tienen aquí los efectos de una causa de justificación. En lo que concierne a la conformidad del propietario respecto al § 303.I, esta tiene que ser entendida, como antes, en el sentido de un consentimiento justificante, aun cuando existe la posibilidad de que las acciones referidas a los párr. 1 y 2 se superpongan; pues el § 303.II solo aparece de manera complementaria respecto al § 303.I, que permanece invariable[11].

2. Requisitos del acuerdo

545 Los requisitos del acuerdo, que tienen que extraerse por la vía de la interpretación del respectivo tipo penal, difieren en distintos aspectos de aquellos del consentimiento justificante como consecuencia de su **carácter meramente fáctico**.

546 **a)** En el caso del acuerdo, solo es relevante la **capacidad natural de voluntad** del afectado, mientras que en el consentimiento hay que orientarse por la capacidad de comprensión de quien presta el consentimiento[12].

9 BGH NZV 05, 541 [respecto al § 239].

10 Al respecto, *Hillenkamp*, Schwind-FS, p. 927 y ss.

11 De modo exhaustivo, *Satzger*, Jura 2006, 428, 433, de igual modo S/S/W-StGB-*Saliger*, § 303 n. m. 19; LK-*Wolff*, § 303 n. m. 23, 25; de otra opinión, Matt/Renzikowski-*Altenhain*, § 303 n. m. 19; *Thoss*, StV 06, 160; *Wüstenhagen/Pfab*, StraFo 06, 190 así como Voraufl. n. m. 366a.

12 BGHSt 23, 1.

Así, por ejemplo, se excluye una "sustracción", en el sentido del § 242, si un menor de edad renuncia voluntariamente a la custodia. Puesto que la fundamentación de la custodia solo requiere de una **voluntad fáctica de dominio**[13] para ello basta también la "voluntad natural".

Teniendo en cuenta su **naturaleza puramente fáctica**, el acuerdo también tiene que **considerarse** en casos de defectos de la voluntad. Sobre todo resulta irrelevante si se ha obtenido por medio de engaño[14] o si se basa en consideraciones contrarias a la moral (de relevancia en cuanto al § 177), pues **aquel solo tiene que haberse materializado voluntariamente**. Naturalmente, el acuerdo que se ha obtenido no puede ser tenido en cuenta cuando la ley (como en el § 235.I Nr 1) sanciona penalmente el comportamiento cometido con "astucia".

b) El acuerdo —a diferencia del consentimiento justificante— no necesita **547** haber sido **manifestado expresamente ni de modo concluyente**. Lo únicamente decisivo es que exista fácticamente al momento del inicio de la ejecución del hecho. Sin embargo, ello tiene que corresponder a las exigencias de una **aprobación consciente**; no se puede imponer exigencias elevadas para la concretización de esta aprobación. Un mero dejar suceder o una tolerancia pasiva de acciones ajenas por temor al autor no representa un consentimiento[15]. No hay un mero consentimiento presunto[16].

c) Un **defecto volitivo** de parte de quien manifiesta la conformidad es irrele- **548** vante, nuevamente a diferencia del consentimiento justificante.

3. Efecto del acuerdo

Si existe un acuerdo en el sentido que se ha mencionado, entonces, el tipo no **549** se configura. Si el autor asumió erróneamente un acuerdo del titular del bien jurídico, falta el dolo típico (§ 16.I 1). Si él no tiene conocimiento de que en la realidad concurre un acuerdo, tendrá que ser sancionado por tentativa inidónea, siempre que la tentativa del correspondiente delito se encuentre amenazada con una pena.

13 S/S-*Eser/Bosch*, § 242 n. m. 36; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 119.

14 BGH VRS 48, 175; B. *Heinrich*, AT, n. m. 447; *Mitsch*, BT 2/1, § 1 n. m. 74; cfr. también *Rönnau*, Roxin II-FS, S. 487.

15 RGSt 68, 306.

16 Respecto a un consentimiento "generalizado" (en contra de un consentimiento presunto) respecto al § 248b, en caso de una devolución tardía de un vehículo arrendado, v. BGH NStZ 15, 156 con anotaciones a favor *Kudlich*, JA 14, 873; al respecto también *Floeth*, NZV 15, 95; *Jahn*, JuS 15, 82; *Mitsch*, NZV 15, 423.

III. El consentimiento justificante

550 Si un comportamiento contra o sin la voluntad del titular del bien jurídico no pertenece ya al tipo en sentido estricto, su conformidad puede fungir como **causa de justificación**[17]. Esta se basa en el principio de autonomía (v. n. m. 400), pues es manifestación del derecho general a la autodeterminación del art. 2.I GG. Se trata de una causa de justificación[18] no escrita, desarrollada en el derecho consuetudinario, la cual, sin embargo, está explícitamente prevista en el § 228.

1. Ámbito de aplicación del consentimiento justificante

551 A diferencia del acuerdo excluyente del tipo, el consentimiento justificante es, de acuerdo con su naturaleza, una **renuncia a la protección jurídica**. Su ámbito de alcance se limita, por eso, a aquellos casos en los que el ordenamiento jurídico concede al afectado la posibilidad de hacer uso de su **derecho a la autodeterminación** por la vía de la renuncia a sus bienes.

2. Requisitos del consentimiento justificante

552 **a)** Consecuentemente el tipo realizado tiene que servir, en primer lugar, a la protección de un bien jurídico individual susceptible de renuncia (disponible) (**disponibilidad del bien jurídico protegido**).

El individuo no puede disponer eficazmente respecto a **bienes jurídicos de la comunidad** (por ejemplo, la seguridad del tráfico rodado o el adecuado funcionamiento de la administración de justicia estatal)[19]. Además, es irrenunciable el bien jurídico personalísimo de la **vida**, puesto que aquí también son afectados, al mismo tiempo, intereses públicos fundamentales (cfr. § 216)[20]. Además, dar muerte de modo activo a una persona gravemente enferma o moribunda (**eutanasia activa**), según el derecho vigente, también es punible cuando se realiza como consecuencia del deseo expreso del afectado para evitarle su sufrimiento intolerable (respecto a la delimitación con la "interrupción del tratamiento", v. n. m. 468, 575)[21]. El consentimiento a una lesión de la **integridad cor-**

17 Más profundamente *Rönnau*, Jura 02, 665.

18 V. solo S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 31.

19 BGHSt 23, 261; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 5 n. m. 116.

20 BGHSt 50, 80 (caso *Kannibalen*); *Stratenwerth*, Amelung-FS, p. 355; crít. *Neumann*, Kühl-FS, p. 569; respecto al § 216: *Steinhilber*, JA 10, 430.

21 Cfr. *Hauck*, GA 2012, 202; *Kubiciel*, JA 11, 86; *Kutzner*, Rissing-van Saan-FS, p. 337; *Lüderssen*, JZ 06, 689; *Pawlik*, Wolter-FS, p. 627; *Rosenau*, Roxin II-FS, p. 577; MK-*Schneider*, Vor

poral posee importantes limitaciones (§ 228; §§ 2, 3 KastrG; §§ 8.I 2, III, 19 TPG[22]). Por el contrario, puede renunciarse de modo general a la propiedad y al patrimonio (aunque existen excepciones, por ejemplo, en los §§ 304, 306f II).

b) Quien presta su consentimiento también tiene que estar **legitimado para la disposición**, es decir, tiene que estar autorizado a disponer sobre el bien jurídico como único titular del interés protegido o como su representante (en determinados casos también como órgano de una persona jurídica)[23]. **553**

c) Por lo demás, quien manifiesta su conformidad debe tener **capacidad de consentimiento**, es decir, ser capaz, de acuerdo con la madurez psicológica y moral, de reconocer y de juzgar adecuadamente el significado y la amplitud de la renuncia al bien jurídico. Hasta ahora se discuten los detalles de una delimitación[24]. De acuerdo con la opinión completamente dominante, no se requiere de una determinada edad; en especial, resulta irrelevante si quien presta el consentimiento tiene plena capacidad de obrar en un sentido jurídico-civil[25]. **554**

Bajo el fundamento de que la valoración en el derecho penal no puede ser distinta a la del derecho civil, una opinión minoritaria exige para el consentimiento respecto a la lesión de *derechos patrimoniales* (así, por ejemplo, en los §§ 242, 246, 303), análogamente a los §§ 107 y ss. BGB, la plena capacidad de obrar o el consentimiento por medio del representante legal[26]. Esta opinión no es convincente, puesto que el derecho civil y el derecho penal pueden tener, en determinados puntos, objetivos absolutamente distintos. En el derecho penal solo es relevante si el consentimiento es expresión de la libertad personal de decisión.

§§ 211 ss. n. m. 88 y ss.

22 Al respecto, BVerfG NJW 99, 3399; *Schroth*, Hassemer-FS, S. 787; *el mismo*, MedR 12, 570.

23 BGH NJW 03, 1824; sobre la denominada "Organuntreue", *Tiedemann*, BT, n. m. 210 y ss.

24 Fundamental, *Amelung*, ZStW 104 [1992], 525, 821; *el mismo*, JR 99, 45; *Amelung/Eymann*, JuS 01, 937, quienes se orientan por el hecho de si la decisión aparece como subjetivamente racional y si la capacidad para la autodeterminación racional se halla a disposición; v., al respecto, además, BGHSt 4, 88; BGH NJW 78, 1206 (caso *Zahnextraktion*); crít., al respecto, *Roxin*, AT I, § 13 n. m. 85 y s.; BayObLG NJW 99, 372 (*Aufnahmeritual in Jugendbande*) con observaciones *Amelung*, NStZ 99, 458; *Otto*, JR 99, 124; referido a casos: *Hillenkamp*, JuS 01, 159.

25 BGHSt 12, 379.

26 MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 ss. n. m. 148; de modo integral sobre la discusión: *Hillenkamp*, AT, p. 49.

555 Más bien, solo resulta decisivo que quien presta su consentimiento comprenda cabalmente la extensión y los efectos de la intervención que afecta a sus intereses, según su madurez intelectual y capacidad de juicio. Él ha de tener una representación adecuada del desarrollo probable y de las consecuencias de la intervención que han de esperarse[27]. En caso que una persona tenga un defecto en la capacidad de discernimiento, se requiere de la conformidad de su representante legal.

556 En ese sentido, fue intensamente discutido si los cortes infligidos a un joven incapaz de consentimiento y motivados religiosamente con ocasión de la denominada **circuncisión**[28], los cuales configuran[29] indudablemente el tipo de las lesiones corporales (§ 223), puede ser justificados por el consentimiento de los padres, legitimados a su representación y cuidado[30]. Pues, de acuerdo con el § 1627 S. 1 BGB, esta decisión se orienta al bienestar del menor, por lo cual aquí se discutía cómo pueden equilibrarse[31] los intereses del menor a la integridad corporal (art. 2.II 1 GG), su derecho a la autodeterminación (art. 2 I en conexión con el 1.I GG), el derecho (positivo y negativo) al ejercicio de la religión (art. 4 I, II GG) y el derecho de educación y corrección de los padres (art. 6.II GG). En vista de una fuerte presión política y para garantizar la seguridad jurídica, el legislador creó con prisa una regulación legal. Según el *§ 1631d I BGB*, el cual entró en vigencia el 28 de diciembre del 2012, el derecho de cuidado personal correspondiente a los padres también abarca el derecho de consentir la circuncisión médica no necesaria de un menor de sexo masculino incapaz de comprensión y de decisión, siempre que ella se lleve a cabo siguiendo las reglas de la profesión médica y que el bienestar del menor no sea puesto en peligro mediante la circuncisión[32]. Al mismo tiempo, en los primeros seis meses tras el nacimiento del niño, de acuerdo con

27 BGH NStZ 00, 87; *Exner*, Jura 13, 103, 104 y s.

28 El desencadenante fue la decisión del LG Köln NJW 12, 2128 con discusión crítica *Jahn*, JuS 12, 850; *Muckel*, JA 12, 636; *Rox*, JZ 12, 806 y 1061 y con discusión y aprobando *Krüper*, ZJS 12, 547.

29 Distinto *Exner*, Sozialadäquanz im Strafrecht, 2011, S. 188, 190 (exclusión del tipo por causa de la adecuación social); similar *Goerlich/Zabel*, JZ 12, 1058 (reducción teleológica, conforme a la Constitución del § 223); *Rohe*, JZ 07, 801, 805; *Schwarz*, JZ 08, 1125, 1128.

30 Pese a la terminología lingüísticamente idéntica, hay que distinguir estrictamente la circuncisión aludida de la, por lo regular, más grave "circuncisión" de niñas; la última está ahora conminada con pena en el § 226a StGB (mutilación de genitales femeninos).

31 De modo resumido, *Hörnle*, DJT-Gutachten, C45 y ss.; a favor de una justificación, por ejemplo, *Bartsch*, StV 12, 604; *Beulke/Dießner*, ZIS 12, 338; *Brockel/Weidling*, StraFo 12, 450; *Fateh-Moghadam*, RW 10, 115; *Schild*, Brudermüller-FS, S. 653; *Schramm*, S. 224 y ss.; *Valerius*, Kultur, S. 149 y ss.; cfr. también *Alwart*, Walter-GS, S. 671. Zur Gegenansicht s. *Fischer*, § 223 n. m. 43 y ss., 50a; *Herzberg*, MedR 12, 169; *Jerouschek*, Dencker-FS, S. 171; *Kempf*, JZ 12, 436; *Kreß*, MedR 12, 682; S/S-*Lencknerl Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 y ss. n. m. 41; NK-*Paeffgen*, § 228 n. m. 103a y ss.; *Putzke*, Herzberg-FS, S. 699; *el mismo*, MedR 12, 621; MK-*Schlehofer*, Vor § 32 n. m. 143; *Sonnekus* (también rechtsvergleichend), JR 2015, 1 y ss.

32 Con más profundidad OLG Hamm NJW 13, 3662; *Schumann*, Brudermüller-FS, p. 729.

el § 1631d.II BGB, pueden ejecutar la circuncisión no solo médicos, sino también las personas previstas para ello en el seno de una comunidad religiosa (por ejemplo, los "*Mohels*" judíos o los "*Sünnetci*" turcos-islámicos) cuando están especialmente preparados para efectuar dicha intervención y tienen una capacidad equiparable a un médico. Esta nueva regulación, en lo fundamental positiva, no ha podido, sin embargo, resolver definitivamente todas las cuestiones problemáticas, y en la literatura ha sido recibida parcialmente con aprobación[33], y en parte ha sido criticada[34], siendo puesta en duda en no pocas ocasiones su constitucionalidad[35].

d) El consentimiento no puede carecer de un **defecto de voluntad esencial.** **557**
Este requisito tiene una extraordinaria relevancia jurídica y jurídico-política, sobre todo respecto a intervenciones médicas en la integridad corporal de pacientes, las cuales, según la opinión dominante, realizan el tipo de las lesiones corporales. El paciente se halla libre de defectos relevantes de la voluntad y puede justificar la intervención por medio de un consentimiento (cfr. § 630d I BGB)[36] solo cuando es debidamente informado.

Los **deberes médicos de información** en el ámbito civil fueron objeto de **558**
una regulación legal por medio del establecimiento de un contrato relativo al tratamiento, como nuevo tipo de contrato en el BGB, en el año 2013[37]. El sujeto que lleva a cabo el tratamiento está, por consiguiente, obligado a informar a los pacientes sobre el conjunto de circunstancias esenciales para el consentimiento, es decir, en especial, sobre el tipo, extensión, duración y las consecuencias y riesgos esperables de la medida, así como su necesidad, urgencia, idoneidad y las perspectivas de éxito respecto al diagnóstico y

33 *Büscher*, DRiZ 12, 330; *Germann*, MedR 13, 412; *Hörnle/Huster*, JZ 13, 328; *Köhler*, Kühl-FS, p. 295; *Pekárek*, ZIS 13, 514; *Rixen*, NJW 13, 257; *Spickhoff*, FamRZ 13, 337.

34 *Alatovic/Helmken*, NK 13, 120; *Antomo*, Jura 13, 425; *Fahl*, Beulke-FS, p. 81 y ss. (quien prefiere el criterio de la adecuación social de una regulación legal); *Großmann*, HRRS 13, 515; *Herzberg*, ZIS 12, 486; *el mismo*, ZIS 14, 56; *Mandla*, FPR 13, 244; *Peschel-Gutzeit*, NJW 13, 3617; *la misma*, Brudermüller-FS, p. 517; *Prittwitz*, Kühne-FS, p. 121; *Sonnekus*, JR 2015, 1, 11 ss.; cfr. también *Hassemer*, ZRP 12, 179 así como las contribuciones en Franz (ed.), Die Beschneidung von Jungen: Ein trauriges Vermächtnis, 2014.

35 BK-*Eschelbach*, § 223 n. m. 9 y ss. y 35; *Isensee*, JZ 13, 317, 324 y ss.; *Scheinfeld*, HRRS 13, 268; *T. Walter*, JZ 12, 1110; con más profundidad sobre todo *Steiner*, Die religiös motivierte Knabenbeschneidung im Lichte des Strafrechts, 2014; *Wohlers/Godenzi*, Die Knabenbeschneidung – ein Problem des Strafrechts, 2014.

36 Vert. Roxin/Schroth-*Schöch*, p. 51; *Frister/Lindemann/Peters*, Arztstrafrecht, 2011, n. m. 20 y ss.; *Kraatz*, Arztstrafrecht, 2013, n. m. 41 y ss.; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht n. m. 60 y ss.; *Tag*, p. 285 y ss.

37 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, que entró en vigor el 26.2.2013 (BGBl I, S. 277), al respecto *Katzenmeier*, NJW 13, 817; *Olzen/Kaya*, Jura 13, 661.

terapia (**cfr. § 630e.I BGB**)[38]. Puesto que la nueva regulación no tiene un carácter definitivo, que ella requiere de interpretación y, además, que en el derecho penal no tiene que tomarse obligatoriamente de forma idéntica que en el derecho civil (cfr. sobre el consentimiento hipotético en el n. m. 580), se requiere además de un recurso a la actual jurisprudencia[39], notablemente referida a casos individuales. Un consentimiento que se basa en una lesión del deber de información médico es por lo regular ineficaz (cfr. § 630d.II BGB), concretamente, cuando ha sido obtenido por medio de coacción o engaño.

559 Sin embargo, de acuerdo a una correcta opinión, no todo defecto de la voluntad puede suprimir el efecto justificante al consentimiento[40]. Irrelevantes son las representaciones erróneas no vinculadas a la importancia y extensión de la intervención, sino solo a cuestiones periféricas o circunstancias concomitantes, las cuales no están **referidas al bien jurídico** y, por eso, resultan relevantes para el consentimiento[41].

560 **e)** En el caso de intervenciones en la integridad corporal, el **hecho no puede infringir las buenas costumbres** (§ 228). Lo decisivo es, según el texto del precepto —que en este aspecto es claro— la **contrariedad** con las costumbres del hecho como tal y no la del consentimiento[42]. En ese sentido, una lesión corporal resulta contraria a las costumbres, según la usual —aunque poco útil— formulación, cuando contradice la "decencia de todos los individuos justos y correctos"[43]; en cambio, el BGH, en una recien-

38 Con más profundidad *Lechner*, MedR 13, 429.

39 Cfr. solo BGHSt 43, 306, 309; 45, 219, 221; BGHSt 56, 277 (caso *Schönheitsoperation*) con observaciones *Beckemper*, ZJS 12, 132; *Kudlich*, NJW 11, 2856; *Lindemann*, AG Medizinrecht, p. 21; *Lindemann/Wostry*, HRRS 12, 138; *Sternberg-Lieben/Reichmann*, *MedR* 12, 97; BGH NStZ 11, 343 (caso *Zitronensaft*) con discusión *Hardtung*, NStZ 11, 635; *Jahn*, Jus 11, 468; *Neumann*, NJ 11, 218; *Kraatz*, NStZ-RR 15, 97 y ss.; *Schiemann*, NJW 11, 1046; *Widmaier*, *Roxin* II-FS, p. 439; *Ziemann/Ziethen*, HRRS 11, 394 y ZJS 11, 173.

40 De otra opinión *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 n. m. 111; *Frister*, AT, 15. Kap., n. m. 17; *Kindhäuser*, LPK, Vor § 13 n. m. 183; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 199.

41 *Arzt*, Willensmängel, p. 15 y ss.; *Krey/Esser*, AT, n. m. 661; parcialmente limitador: *Gropp*, AT, § 6 n. m. 44; *Lackner/Kühl*, § 228 n. m. 8; *Roxin*, AT I, § 13 n. m. 98; exhaustivo *Rönnau*, p. 410, 453; *Rönnau/Hohn*, JuS 03, 998; v. también *Amelung*, S. 36 y ss.; *el mismo*, ZStW 109 [1997], 490, quien sobre todo se orienta a criterios de imputación; además *Kuhlen*, *Müller-Dietz-FS*, S. 431; ampliamente sobre la discusión: *Hillenkamp*, AT, p. 53.

42 Sobre el panorama *Frisch*, Hirsch-FS, p. 485; MK-*Hardtung*, § 228 n. m. 15; *Heger*, JA 03, 79; *Kühl*, *Jakobs*-FS, p. 293.

43 *Gössel/Dölling*, BT/1, § 12 n. m. 44; *Kargl*, NStZ 07, 489, 490; *Kindhäuser*, LPK, § 228 n. m.

te decisión, designa acertadamente a la circunstancia referida a las buenas costumbres como "carente de definición"[44]. Si uno se orienta de acuerdo con ella, entonces, fluyen en la valoración con seguridad casi inevitablemente las representaciones morales de la sociedad vigentes en la actualidad o las del respectivo aplicador de la ley, las cuales solo son escasamente determinadas y están necesariamente sometidas a los cambios del tiempo[45]. Por eso, resulta poco sorprendente que los **criterios** para la determinación de la contrariedad a las buenas costumbres sean discutidos. Si, de acuerdo con una opinión acertada, se parte de que ya de entrada no puede ser tarea del derecho tutelar al ciudadano en la disposición de un bien jurídico que le corresponde (aquí: la integridad corporal) y que en el derecho penal en general no hay espacio para consideraciones moralizantes, tiene que garantizarse el estricto carácter excepcional del § 228 y, por eso, este tiene que ser interpretado de **forma limitada y de modo objetivamente razonable**[46]. Por ello, el concepto referido a las buenas costumbres en el § 228 StGB tiene que reducirse "estrictamente al bien jurídico de los delitos de lesiones corporales y a su contenido nuclear"[47].

La opinión antiguamente dominante, de acuerdo con la cual, ante todo, ha- **561**
bía que orientarse según los **motivos y objetivos** de los intervinientes, así como atender a los medios utilizados y a la forma de la lesión[48], es criticada acertadamente en la actualidad de modo intenso.

En tal sentido, se ha impuesto entretanto en la jurisprudencia el reconocimiento de que una lesión corporal llevada a cabo con el consentimiento de una persona, no es contraria a las buenas costumbres cuando ella se basa en una **motivación sexual**, en concreto, **sadomasoquista**[49]. La negativa original del BGH a recurrir a una infracción de (otras) normas penales para fundamentar la contrariedad a las buenas costumbres en el sentido del § 228

10; *Kühl*, *Puppe*-FS, p. 653, 658 ss.; crít. *Joecks*, St-K, § 228 n. m. 2.

44 BGH NStZ 15, 270, 273.

45 Pone en duda la constitucionalidad por tal razón, por ejemplo, NK-*Paeffgen*, § 228 n. m. 53; *Sternberg-Lieben*, S. 136; *el mismo*, *Amelung*-FS, p. 325, 332 y ss.; *el mismo*, ZIS 11, 583, 587.

46 Así también *Murmann*, *Grundkurs*, § 22 n. m. 50 y ss.

47 BGH NStZ 15, 270, 273.

48 BGHSt 4, 24, 31; *Lackner*/*Kühl*, § 228 n. m. 10; *Murmann*, Puppe-FS, p. 767, 787 y s.

49 BGHSt 49, 166, 172 con observaciones. *Arzt*, JZ 05, 103; *Duttge*, NJW 05, 260; *Gropp*, ZJS 12, 602; *Hirsch*, JR 04, 475; *Jakobs*, *Schroeder*-FS, p. 521; *Stree*, NStZ 05, 40; *Bottl*/*Volz*, JA 09, 421; distinto aún RG JW 28, 2229, 2231; 29, 1015, 1017.

(por ejemplo, suministro ilegal de estupefacientes)[50] ha sido relativizada por dicho tribunal en una nueva decisión[51].

562 Por eso, de modo correcto, es preferible orientarse al **tipo y relevancia del resultado de lesión corporal que se amenaza con producir desde una perspectiva *ex ante***, así como al **grado de peligro para la vida e integridad** aparejado para la víctima. Según la entretanto jurisprudencia consolidada, una lesión corporal es, en todo caso, contraria a las buenas costumbres cuando una consideración objetiva, desde la perspectiva *ex ante*, revela que la persona que presta el consentimiento es colocada en un **peligro concreto de muerte**[52] mediante la correspondiente acción.

Parte de la literatura considera, por el contrario, el **§ 226 StGB** como un umbral decisivo[53]. Cuando lesiones graves de ese tipo amenazan con producirse, el Estado estaría justificado (y obligado) a intervenir de modo preventivo-general, con fines de tutela, en la facultad de disposición del titular del bien jurídico.

563 Para la consideración del **fin perseguido con el hecho** queda lugar para el consentimiento justificante, solo de manera excepcional y en concreto, cuando se inflige una lesión grave con una finalidad positiva o en todo caso razonable[54]. Por eso, se reconoce, por ejemplo, que en el caso de las **intervenciones médicas peligrosas para la vida**, el fin de la conservación de la vida perseguido tiene una mayor relevancia[55]. También en el caso de los **deportes de combate** (por ejemplo, el boxeo), los cuales se basan en la lesión (incluso, grave) del oponente, se puede afirmar hasta cierto punto un interés socialmente reconocido en la práctica de ese deporte y así fundamentar la eficacia del consentimiento. Entonces, el § 228 viene en cuenta cuando las lesiones resultan de una infracción contra las reglas del combate que se haya realizado de modo intencional o, por lo menos, con imprudencia grave[56].

50 BGHSt 49, 34 con una discusión crítica *Sternberg-Lieben*, JuS 04, 954.

51 BGH NStZ 15, 270, 273 y ss.; al respecto, n. m. 564.

52 BGHSt 49, 34, 44; 49, 166, 173 (caso *Sado-Maso*); 53, 55 (caso *Autorennen I*); BK-*Eschelbach*, § 228 n. m. 24; *Dölling*, *Geppert*-FS, p. 53; AnwK-StGB-*Zöller*, § 228 n. m. 6; referido a casos: *Gerhold/El-Ghazi*, JuS 14, 524; instructivo sobre la evolución, *Hardtung*, Jura 05, 40 y ss.

53 *Jäger*, JA 13, 634, 636; S/S-*Streel Sternberg-Lieben*, § 228 n. m. 5; distinto MK-*Hardtung*, § 228 n. m. 24.

54 *Murmann*, Grundkurs § 22 n. m. 52.

55 BGHSt 49, 166, 171.

56 BGHSt 4, 88, 92; *Mattl Renzikowski-Engländer*, § 228 n. m. 8; más profundamente *Kubink*, JA 03, 257.

Recientemente, el BGH (3. Sala) ha exhortado a llevar a cabo una precisión de los principios allí donde el § 228 StGB puede ser complementado con valoraciones legales de otra índole: que las acciones provocadoras de las lesiones corporales, por medio de las cuales se pone a la víctima en un peligro concreto de muerte, no son aptas para un consentimiento resultaría ya de las valoraciones subyacentes en el § 216 StGB. Al mismo tiempo, en cuanto a la clase y forma de comisión de la lesión corporal, podría recurrirse al § 231 StGB, pues el consentimiento, según el § 228, de los intervinientes en una disputa violenta (consentida) entre grupos rivales de *hooligans*, que desde una perspectiva *ex ante* se exponen al peligro de un daño grave a la salud, sería ineficaz porque el legislador desaprueba ya, en el § 231 StGB, la mera intervención en una riña y solo habría vinculado la punibilidad a la producción de una consecuencia grave (como condición objetiva de la punibilidad)[57]. 564

Independientemente de las valoraciones legales de esa clase, las cuales podrían resultar útiles para la aplicación del § 228 StGB, por lo regular —como también según la antigua jurisprudencia— se tendrá que efectuar una **valoración global**, para lo cual tendrán que desplazarse los criterios y su relevancia de un modo claro hacia una consideración estrictamente referida al bien jurídico. 565

En ese sentido, también la 1.ª Sala en una decisión anterior, respecto a **disputas violentas consentidas** entre grupos rivales, había considerado como decisivo si existían acuerdos, precauciones o regulaciones que reducen el grado de peligrosidad y deben evitar una escalada y, además, si su cumplimiento estaba garantizado[58].

f) El consentimiento tiene que haber sido **manifestado expresamente** o **de manera indubitable antes del hecho**[59]. Una autorización ulterior es irrelevante[60] en el ámbito del derecho penal. Hasta antes de la comisión del hecho, el consentimiento es en general[61] libremente revocable. 566

g) Respecto al ámbito subjetivo, el autor tiene que haber actuado **con conocimiento**[62] y **como consecuencia** del consentimiento. 567

57 BGH NStZ 15, 270, 273 y ss. (caso *Hooliganschlägerei*) con discusión *Satzger*, Jura (JK) 15, 1138 y observaciones *Mitsch*, NJW 15, 1545, así como *Zabel*, JR 15, 619.

58 BGHSt 58, 140 con discusión a favor *Jäger*, JA 13, 634 y *Jahn*, JuS 13, 945 y discusión crítica *Hardtung*, NStZ 14, 267, así como *Bosch*, JK 8/13, StGB § 228/6; von der *Meden*, HRRS 13, 158; *Sternberg-Lieben*, JZ 13, 953 y *Zöller/Lorenz*, ZJS 13, 429.

59 OLG Frankfurt/M. NStZ-RR 05, 237; MK-*Joecks*, § 223 n. m. 71; de otra opinión, la teoría de la Willensrichtung: Matt/Renzikowski-*Engländer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 20; *Frister*, AT, 15. Cap., n. m. 7; MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 146.

60 BGHSt 17, 359 (caso *Pockenarzt*); al respecto, *Gimbernat*, Frisch-FS, p. 291.

61 Respecto a las posibles excepciones: *Bergmann/Kroke*, ZIS 13, 234, 240 y ss.; *Fahl*, JR 09, 103.

62 Solo se orienta por el conocimiento, por ejemplo, S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor § 32 y ss. n. m. 42; *Kühl*, AT, § 9 n. m. 41.

De acuerdo con las consideraciones generales correspondientes a la ausencia del elemento subjetivo de la justificación (v. n. m. 406 y ss.), en caso de una acción realizada con desconocimiento del consentimiento no es posible una sanción por un hecho consumado, sino solo por **tentativa**. Si el autor supone erróneamente que existe un consentimiento —en realidad inexistente—, entonces, actúa en un error sobre el tipo permisivo, como consecuencia de lo cual queda suprimida una culpabilidad dolosa de acuerdo con el § 16.I 1 (cfr. n. m. 704 y s.).

568 **h)** Un consentimiento justificante también puede venir en consideración[63] respecto a **delitos imprudentes** e, incluso, cuando el consentimiento se refiere a un comportamiento altamente riesgoso, que lleva a la muerte de quien lo presta. A ello no se opone que quien presta el consentimiento no quiera su muerte, pues este, más bien, confía en el buen desenlace de los hechos. Con el consentimiento, el titular del bien jurídico suspende la prohibición del comportamiento existente respecto a la evitación del resultado (no la prohibición de la producción de un determinado resultado), de modo que el autor no realiza ya el injusto de la acción[64]. La producción del resultado mortal no puede fundamentar por sí misma la punibilidad.

Planteamientos similares están contenidos en las pautas presentadas arriba en los n. m. 259 y ss., para los casos de **autopuesta en peligro**. De acuerdo con esta opinión, también existe un consentimiento justificante en el caso de la puesta en peligro de la vida de terceros si la puesta en peligro de terceros consentida se equipara valorativamente a la cooperación en una autopuesta en peligro ajena[65] (v. n. m. 274).

En este ámbito, el derecho civil se ha desligado completamente del criterio de la justificación y ha desarrollado nuevas vías de solución sobre los §§ 254, 242, 828 **BGB** (actuar bajo riesgo propio[66]).

IV. El consentimiento presunto

1. Ámbito de aplicación del consentimiento presunto

569 En casos jurídicamente permitidos, pero en los que falta por razones fácticas un consentimiento, queda lugar para un **consentimiento presunto**. Esta causa de justificación no está igualmente escrita, ella es —como el consenti-

63 *Geppert*, ZStW 83 [1971], 947; BayObLG VRS 53, 349.

64 *Murmann*, Puppe-FS, 767, 776 y ss.; *el mismo*, Grundkurs § 25 n. m. 139; *Kaspar*, JuS 12, 112, 115; *Stratenwerth*, Puppe-FS, 1017, 1022 ss.; de otra opinión, *Geppert*, ZStW 83 [1971], 974 y s; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 165 y ss.; *Roxin*, GA 2012, 660 y ss.

65 Idéntico *Frister*, AT, 15. Kap., n. m. 14; *Heghmanns*, BA 02, 484.

66 Cfr. BGHZ 34, 355.

miento— solo reconocida en el derecho consuetudinario; sin embargo, encuentra su fundamento en el derecho a la autodeterminación del afectado establecido jurídico-constitucionalmente. Puesto que aquí ya no puede recabarse un consentimiento, dos fundamentos distintos del consentimiento se vuelven más relevantes: el **actuar en interés material del afectado y el principio de la falta de interés**.

2. Actuar en interés material del afectado

a) La actuación en interés material del afectado tiene relevancia sobre todo en el ámbito del derecho médico, cuando existe un **peligro inminente** y **no puede recabarse a tiempo el consentimiento del afectado**. 570

Ejemplos: La operación de la víctima de un accidente que se encuentra inconsciente; la ampliación de la intervención acordada con el paciente como consecuencia de un hallazgo, solo reconocible luego de la apertura de la pared abdominal, que no admite la mayor demora.

b) La pauta para la solución de estos casos es que, en el caso de la causa de justificación del consentimiento presunto, no se trata de un criterio objetivo orientado a una ponderación de bienes e intereses, sino de un **juicio de probabilidad respecto a la voluntad real** del titular del bien jurídico en el momento del hecho[67]. Decisivos son los intereses individuales, necesidades, deseos y valores del afectado. Criterios objetivos como, por ejemplo, la medida de una persona razonable tienen, en ese sentido, solo una relevancia indiciaria. 571

c) En el caso de intervenciones médicas en la integridad corporal de un **paciente incapaz de brindar su consentimiento**, la ley sobre la nueva regulación de la declaración de voluntad anticipada[68], que entró en vigencia en el año 2009, concede sobre todo a la voluntad expresada en una tal declaración escrita una especial relevancia probatoria. Si una persona mayor de edad, con capacidad de consentir y libre de defectos de voluntad esenciales, ha tomado precauciones por escrito respecto a la producción de una situación de incapacidad de manifestación de la voluntad, el § 1901a I BGB obliga al encargado o apoderado llamado para el caso a constatar si las determinaciones en la declaración del paciente son aplicables a la concreta situación vital o de 572

67 GenStA *Nürnberg*, NStZ 08, 343; *Hilgendorf*, Kühl-FS, p. 509, 514; *Hillenkamp*, Küper-FS, p. 123; *Mitsch*, ZJS 12, 38; discrepa *Puppe*, AT, § 11 n. m. 12 y ss.

68 Al respecto *Höfling*, NJW 09, 2849; *Reus*, JZ 10, 80.

tratamiento del paciente. Si este es el caso —y el encargado carece de puntos de referencia concretos respecto a la eventual variación de la decisión del paciente—, se tiene que conceder validez a la voluntad del paciente contenida en su declaración. En ese sentido, puede hablarse de un **efecto vinculante de la declaración escrita de la voluntad anticipada del paciente**. Obviamente, el afectado puede revocar en cualquier momento su declaración sin necesidad de alguna formalidad (§ 1901a.I orac. 3 BGB). Si no existe una tal declaración, si la declaración escrita no corresponde a la concreta situación vital o de tratamiento, o existen indicios respecto a que el afectado ha cambiado posteriormente su voluntad, entonces, el encargado, de acuerdo con el § 1901a.II orac. 1 y el 2 BGB, tiene que determinar la voluntad presunta del paciente y ayudar a imponerla[69].

573 **d)** Como punto de referencia para la determinación de esa **voluntad presunta** pueden servir manifestaciones orales o escritas anteriores, convicciones éticas o religiosas y otras valoraciones personales del afectado (§ 1901a.II orac. 3 BGB). También la sensibilidad al dolor del paciente, así como las representaciones valorativas generales pueden ser consideradas de modo complementario, sin embargo, estas últimas con la máxima reserva siempre que la fase inmediata de la muerte aún no se haya iniciado[70].

574 Si no existen puntos de referencia concretos para la determinación de la voluntad presunta, el encargado tiene que decidir de acuerdo con los principios generales contenidos en el § 1901 BGB para el cumplimiento del encargo. Por lo tanto, es relevante el bienestar del paciente, teniendo que garantizarse la primacía de la protección de su vida en caso de duda[71]. Hasta la modificación de la ley en el año 2009, el consentimiento del encargado respecto a la proposición de la interrupción del tratamiento por parte de los médicos, requería de la autorización del tribunal de tutela. De acuerdo con la actual situación jurídica, el tribunal de tutela y curatela tiene que autorizar solo cuando entre el encargado y el médico tratante no existe acuerdo sobre la voluntad de la persona objeto de la custodia (§ 1904 IV BGB; denominado **modelo del conflicto**)[72].

69 Cfr. BGHZ 154, 205; al respecto *Jäger*, *Küper*-FS, p. 209; *Kutzer*, ZRP 08, 197; NK-*Neumann*, Vor § 211 n. m. 112 y ss.; *Olzen*, JR 09, 354; MK-*Schneider*, Vor §§ 211 y ss. n. m. 88 y ss., 123; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht n. m. 290 y ss.; v. respecto a la compatibilidad de la interrupción del tratamiento con el art. 2 CEDH, medstra 16, 32 (*Lambert*).

70 Cfr. *Verrel*, *Jakobs*-FS, p. 715.

71 *Dölling*, *Puppe*-FS, p. 1365, 1374.

72 Cfr. ya BGHSt 40, 257; BGHZ 154, 205; al respecto *Otto*, NJW 06, 2217; *Popp*, ZStW 118 [2006], 639; *Verrel*, NStZ 03, 449; v. también *Arzt*, Wolf-GS, p. 609; *Albrecht*, *Schreiber*-FS, p. 565; *Kühl*, Jura 09, 881, 885 y s.; *Putz*, *Widmaier*-FS, p. 701; *Schöch*, *Hirsch*-FS, p. 693, 701; *Sternberg-Lieben*, *Seebode*-FS, p. 401.

También en casos de **eutanasia**, la 2.ª Sala Penal del **BGH**[73] defiende ahora una solución conforme a la figura jurídica del **consentimiento justificante** y, en concreto, tanto cuando aún no se ha iniciado el proceso de muerte (asistencia *para* morir) como también en la fase inmediata a la muerte (muerte asistida o asistencia durante la muerte). La nueva categoría de la **interrupción del tratamiento** fue creada para esto (v. n. m. 469 y s.). Según ella, el consentimiento (contenido, por ejemplo, en la declaración de voluntad de un paciente) justifica, en la suspensión de medidas que mantienen la vida, **toda acción dirigida objetiva y subjetivamente a impedir o poner fin a medidas de tratamiento indicadas médicamente, que sirven al mantenimiento o a la extensión de la vida, correspondientes a la voluntad del paciente en casos de enfermedades graves para su vida**[74]. Una interrupción justificada del tratamiento puede tener lugar tanto mediante un ***hacer* activo** como también mediante una **omisión** (respecto a la delimitación, cfr. n. m. 991 y ss.). Como agente viene en consideración no solo el médico, el encargado o el apoderado del paciente, sino también cualquier tercero que actúe como ayudante respecto al tratamiento o el encargo[75]. Sin embargo, no se puede ignorar que, en la opinión del BGH, la **observancia de las reglas jurídico-procesales contenidas en los §§ 1901a, 1901b y 1904 BGB** siempre constituye un requisito para la producción del efecto justificante del consentimiento[76]. Además, para las intervenciones sobre la vida de una persona, pero no relacionadas con la interrupción de un tratamiento médico no es posible una justificación por medio del consentimiento con base en la regulación del § 216. En ese sentido, la eutanasia activa sigue siendo punible (v. n. m. 552). **575**

Sin embargo, bajo la interrupción del tratamiento, la 2.ª Sala también comprendió la denominada eutanasia indirecta (activa), es decir, el acortamiento de la vida del paciente moribundo como consecuencia accesoria inevitable de un tratamiento para el alivio del dolor. No obstante, esto es inconsecuente, aquí una justificación solo se puede fundamentar con base en el § 34 (v. n. m. 470).

En la **literatura** se ha defendido de manera predominante, *en el resultado*, el cambio en la jurisprudencia, la cual contiene una extensión moderada de la eutanasia permitida. En la tendencia político-jurídica de la jurisprudencia goza de aprobación, sin embargo, la consoli- **576**

73 BGHSt 55, 191 (caso *Putz*) con discusión *Dölling*, ZIS 11, 345; *Eidam*, GA 2011, 232; *Hecker*, JuS 10, 1027; *Joerden*, *Roxin* II-FS, p. 593; *Kubiciel*, ZJS 10, 656; *Mandla*, NStZ 10, 698.

74 Desde una perspectiva de la curatela, no depende de la clase ni del estado de la enfermedad, cfr. § 1901a III BGB; al respecto *Kutzner*, Rissing-van Saan-FS, p. 337, 345 y ss.

75 *Rissing-van Saan*, ZIS 11, 544, 550.

76 En ese sentido, aún no es claro: BGHSt 55, 191, 199 y s. con observaciones *Verrel*, NStZ 10, 674; claramente ahora: BGH NStZ 11, 274, con observaciones fundamentando un rechazo, *Verrel* y *Jäger*, JA 11, 309; crít. también *Engländer*, JZ 11, 513, 519; *Rosenau*, Rissing-van Saan-FS, pp. 547, 563; *Sternberg-Lieben*, *Roxin* II-FS, p. 537, 544 y ss.; a favor *Dölling*, ZIS 11, 345, 348; cfr. también *Kraatz*, NStZ-RR 12, 33; zu §§ 1901a, b, 1904 BGB: *Coeppicus*, NJW 11, 2085; *Dölling*, *Puppe*-FS, p. 1365.

dación dogmática parece problemática[77]. Las decisiones de ese alcance exceden ampliamente a la mera aplicación del derecho conferida a la jurisprudencia. Aquí el legislador democráticamente legitimado está llamado a tomar medidas[78].

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II n. m. 281

577 e) Si el **juicio de probabilidad *ex ante* que realiza el agente** respecto al consentimiento presunto se corresponde con las exigencias anteriormente citadas, el hecho basado en aquel sigue siendo legítimo cuando posteriormente se pone de relieve que, a pesar de una constatación debida y de un proceder cuidadoso, no se hubiese descubierto la verdadera voluntad del afectado[79]. Por lo demás, **en caso de representaciones erróneas del autor**, valen las reglas generales del error. Aquí exige sobre todo un especial cuidado la distinción entre el error sobre el tipo permisivo y el mero error sobre el permiso (cfr. n. m. 684)[80].

578 Por lo demás, en el consentimiento presunto tienen que satisfacerse, en lo fundamental, los mismos presupuestos que se exigen para la eficacia del consentimiento real[81].

77 A favor de una justificación en virtud del § 32 (Nothilfe): *Duttge*, MedR 11, 36, 38; *Mandla*, NStZ 10, 698; similar *Streng*, Frisch-FS, p. 739, 751 y ss.; de acuerdo con una justificación en virtud del § 34: *Bosch*, JA 10, 908; cfr. también *Rosenau*, Rissing-van Saan-FS, p. 547, 560; *el mismo*, Roxin II-FS, p. 577, 584 (§ 34 analógicamente); a favor de una solución en los niveles del tipo: *Gaede*, NJW 10, 2927 (efecto excluyente del tipo del consentimiento); *Rissing-van Saan*, ZIS 11, 544, 550 (negación de la imputabilidad objetiva del resultado como consecuencia de un comportamiento conforme al deber del médico; basándose en *Engländer*, JZ 11, 513, 518); *Walter*, ZIS 11, 76 (reducción teleológica del § 216 StGB); sobre las cuestiones referidas a la intervención: *Schumann*, JR 11, 142; referido a casos: *Kubiciel/Wachter*, JA 13, 112; *M. Vormbaum*, Jura 12, 652.

78 V. también *Wessels/Hettinger* n. m. 30d; cfr. también las resoluciones de la sección penal del 66. Deutschen Juristentags 2006.

79 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 34 VII 3; respecto a la relación entre consentimiento presunto y dirección del negocio sin encargo, v. *Schroth*, JuS 92, 476; *Kühl*, AT, § 9 n. m. 47; más profundamente *Yoshida*, Roxin-FS, p. 401.

80 BGHSt 35, 246 con observaciones *Geppert*, JZ 88, 1024 y *Hoyer*, StV 89, 245; BGHSt 45, 219, 225.

81 A favor de la solución del tipo: SK-*Hoyer*, Vor § 32 y ss. n. m. 34; referido a casos: *Mitsch*, JA 99, 388, 396.

3. Principio de la ausencia de interés

El consentimiento presunto se basa en el **principio de la ausencia de interés** allí donde —bajo el respeto de la posición personal del afectado— falta un interés de conservación que sea digno de protección. 579

Ejemplo: El mensajero B no entrega en el correo el billete nuevo que A le ha entregado, pues desea quedarse con él. Por el contrario, realiza el encargo que se le ha encomendado con un billete sucio de sus propios fondos.

V. El consentimiento hipotético

1. Ámbito de aplicación objeto de discusión

Un **consentimiento hipotético** se discute actualmente sobre todo en el ámbito del derecho penal médico[82]. Aquel debe excluir la punibilidad del médico cuando quien presta el consentimiento no lo ha declarado como es debido, pero habría consentido en caso de una declaración conforme a la verdad. 580

El consentimiento hipotético no debe confundirse con el consentimiento presunto. El último entra en juego cuando un consentimiento **no puede alcanzarse antes de la intervención**, sin embargo, el paciente habría consentido en ese momento si hubiese sido posible consultarle (v. arriba n. m. 569). El consentimiento hipotético se orienta por el hecho de si el paciente, cuyo consentimiento no se ha obtenido antes de la intervención, **a pesar de que eso era posible**, hubiera consentido si se le hubiese preguntado. En esta posibilidad fáctica de la obtención anterior de un consentimiento efectivo yace la diferencia esencial respecto al consentimiento hipotético. 581

82 Respecto a la trasladabilidad a otros ámbitos, por ejemplo, § 266: *Edlbauer/Irrgang*, JA 10, 786, 789; *Rönnau*, StV 11, 753, 756 y ss.; *Walischewski*, Feigen-FS, S. 293, 311 y ss.; en contra, *Saliger*, Beulke-FS, pp. 257, 268; *Beulke*, medstra 15, 67, 76; con reservas *Krüger*, Beulke-FS, p. 137, 148 y ss.

Ejemplo (de acuerdo con el BGH NStZ-RR 2004, 16[83]): O padece de una hernia discal en una vértebra cervical. El médico T opera erróneamente en una vértebra lumbar sana. Para no tener que admitir el error quirúrgico, le dice a O que, pese a que la operación había sido exitosa, los dolores que le quedaban se debían a un prolapso en una vértebra dorsal. O accede como consecuencia a una operación de la vértebra dorsal, pero en esa segunda intervención T opera realmente la vértebra cervical. En la segunda intervención —debido al engaño de T— no existía ningún consentimiento eficaz; sin embargo, este se habría podido obtener mediante una debida declaración, de modo que no existe un caso de consentimiento presunto. O se entera después de los sucesos y concede de forma posterior su aprobación para la segunda operación (correctiva). Surge la cuestión del efecto justificante o excluyente de pena de un consentimiento hipotético.

2. Estado de la cuestión

582 a) Según la opinión de la jurisprudencia[84] y de los autores a favor de ella[85], al consentimiento hipotético se concede un **efecto justificante**, haciendo hincapié en la también así denominada exclusión de responsabilidad jurídico-civil (cfr., en lo sucesivo, el § 630h.II 2 BGB[86]). Por lo tanto, la antijuridicidad queda suprimida incluso cuando, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, no puede excluirse que el paciente también hubiera consentido en caso de una aclaración realizada debidamente. Sin embargo, la jurisprudencia limita el efecto justificante únicamente a los **tratamientos curativos realizados conforme a la *lege artis***[87]. Además, existen referencias de que el BGH, en el caso de **engaños premeditados** en el marco de la aclaración, no quiere aceptar un consentimiento hipotético[88].

83 V., al respecto, *Eisele*, JA 2005, 252; *Geppert*, JK 12/04, StGB § 223/3

84 BGH NStZ 96, 34 (caso *Surgibone*); BGH JZ 04, 799 (caso *Bandscheiben*) con observaciones a favor *Rönnau* y *Kuhlen*, JR 04, 227; BGH JR 04, 469 con observaciones en contra *Puppe*; BGH NStZ 12, 205 (caso *Gastroskopie*) con observaciones *Jäger*, JA 12, 70; y *Satzger*, JK 5/12, StGB § 223/6; BGH NJW 13, 1688 (caso Neulandmethoden) con observaciones *Beckemper*, NZWiSt 13, 230 y *Valerius*, HRRS 14, 22; por el contrario, distinto AG Moers BeckRS 15, 18722 con anotaciones a favor *Jäger*, JA 16 472 y ss.

85 *Kühl*, AT, § 9 n. m. 47a; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 230 s; diferenciadamente (exclusión de la imputación solo en caso de defectos leves al informar) *Krüger*, Beulke-FS, p. 137, 143 y ss.

86 Al respecto *Conrad/Koranyi*, JuS 13, 979; *Merkel*, JZ 13, 975.

87 BGH NStZ 08, 150 (caso *Turboentzug*) con observaciones a favor *Rönnau*, StV 08, 466.

88 V. al respecto BGH NJW 13, 1688, 1689 (caso *Neulandmethoden*).

A favor de la consideración del consentimiento hipotético, se alegan diversos argumentos de relevancia. En principio, se menciona la necesidad político-criminal de contrarrestar[89] la responsabilidad penal de los médicos, desbordada como consecuencia de los deberes de información que entretanto han devenido en inabarcables. También se hace alusión al reconocimiento legal del consentimiento hipotético, referido legalmente en ese sentido en el § 630h.II 2 BGB; dado que la jurisprudencia en el ámbito del derecho penal médico se apoyaría desde hace mucho tiempo en el derecho civil, se requeriría aquí una coherencia. En especial, se contradiría la función de *ultima ratio* del derecho penal si el médico, por un lado, no estuviera obligado a la reparación del daño debido al consentimiento hipotético relevante del derecho civil, mientras que, por el otro, pudiera ser responsabilizado jurídico-penalmente[90]. Como consecuencia de ello, se afectaría la unidad del ordenamiento jurídico[91]. No existiría un peligro relevante de no consideración del derecho de autodeterminación del paciente; la averiguación de su voluntad hipotética sería posible en absoluto para los tribunales, especialmente cuando existen —como ocurre regularmente— puntos de referencia concretos respecto a que hubiera consentido en la realidad en caso de una declaración llevada a cabo debidamente[92]. 583

Sin embargo, la discusión sobre la ubicación dogmática del consentimiento hipotético no está aún cerrada para sus defensores. Si el consentimiento hipotético es considerado[93] como una **causa de justificación** nueva, creada judicialmente, los defensores argumentan mayoritariamente con base en un **paralelo con la imputación objetiva en el nivel del consentimiento**[94]. De acuerdo con ello, el injusto del resultado del hecho queda al final excluido cuando, a pesar del comportamiento contrario al deber del médico, el mismo resultado también se hubiera producido en caso de un comportamiento 584

89 *Beulke*, medstra 15, 67, 72 y s.; *Rosenau*, Maiwald-FS, p. 683; respecto al desarrollo del deber médico de informar *Burgert*, JA 16, 246.

90 *Beulke*, medstra 15, 67, 73; *Eisele*, Strätz-FS, pp. 163, 180.

91 Por ejemplo, *Beulke*, medstra 15, 67, 73; *Rosenau*, Maiwald-FS, p. 683.

92 En ese sentido restrictivo BGH StV 08, 189 (caso *Fettschürzen*) con observaciones *Sternberg-Lieben* y *Bosch*, JA 08, 70; BGH NStZ 08, 150; más profundamente S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor §§ 32 n. m. 51; *el mismo*, Maiwald II-FS, p. 683, 695 y ss.

93 Cfr. sobre todo BGH NStZ 12, 205; así especialmente también *Beulke*, medstra 15, 67, 73.

94 Sobre todo con base en la (aquí no defendida) teoría de los elementos negativos del tipo es este traslado en el punto de partida completamente consistente.

alternativo realizado conforme a derecho (v. n. m. 294), es decir, en caso de que se hubiese informado debidamente antes de la intervención. Debido a que, en casos de engaño premeditado, subsiste el injusto de acción, entonces, el médico solo sería sancionable por una tentativa de lesiones corporales[95]. Al mismo resultado llega quien ve el elemento subjetivo de la justificación del consentimiento hipotético en el hecho de que el autor actúa con la voluntad de "salvaguardar el derecho de autodeterminación del titular del bien jurídico"; si falta esto (como en los casos de engaño consciente) tiene que sancionarse por tentativa[96], como en el caso de las otras causas de justificación (v. arriba n. m. 401 y ss.). Si se cometieran errores al informar debido a imprudencia, el médico, que creería en la concurrencia de un consentimiento eficaz, se encontraría en un error sobre el tipo permisivo. En consecuencia, en todo caso, vendría en consideración una sanción con base en el § 229 (respecto a las consecuencias del error sobre el tipo permisivo, v. n. m. 694 y ss.). Sin embargo, esta fracasaría si existieran los presupuestos objetivos de la causa de justificación del "consentimiento hipotético". Pues, entonces, el injusto de la acción realizado por él (la inobservancia imprudente de la autonomía del paciente) resultaría compensado[97] mediante la voluntad contraria y fiel al derecho, de comportarse de conformidad con la autodeterminación.

585 **b) En contra de esta posición** se han esgrimido en la literatura críticas fundamentales y dignas de consideración. En principio, se pone en duda la coherencia necesaria con el derecho civil. Aparte de eso, se indica que el consentimiento hipotético previsto en el § 630 orac. 2 BGB únicamente afectaría la causalidad en el derecho civil, la cual no tendría[98] ninguna correspondencia en el derecho penal; el precepto contendría, además, solo una regla de carga de la prueba jurídico-civil, la cual representaría un *aliud* respecto a la justificación o a una exclusión de la imputación en el derecho penal[99]. Tampoco

95 *Kuhlen*, JR 2004 227, 229 y s.; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 230 y s.; igual *Beulke*, medstra 15, 67, 75 con una remisión aprobatoria a las argumentación del BGH NJW 13, 1688 (caso *Neulandmethoden*).

96 *Beulke*, medstra 15, 67, 75.

97 *Beulke*, medstra 15, 67, 75.

98 *Sternberg-Lieben*, Beulke-FS. p. 299, 304.

99 *Jäger*, AT, p. 148; *Conradl Koranyi*, JuS 2013, 979, 984 y s.; *Saliger*, Beulke-FS, S. 257, 266 y s.; de otra opinión, S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor § 32, n. m. 53.

se habría logrado una ubicación dogmática[100] que resulte convincente. En especial, se critica a la comparación con la imputación objetiva porque no existiría un paralelo real: en el consentimiento hipotético tendría no solo que suponer —como es usual en la relación de contrariedad al deber (al respecto, n. m. 294)— un comportamiento hipotético del médico conforme al deber (aquí: una información eficaz), sino adicionalmente un comportamiento positivo de la víctima (aquí: la declaración de voluntad eficaz), respecto del cual, sin embargo, el médico no tendría[101] ninguna influencia. Además, la opinión contraria pasaría por alto el derecho de autodeterminación del paciente[102]. Esto se mostraría especialmente en los casos particularmente graves, en los que la operación respecto a la cual el paciente no ha consentido eficazmente tiene un desenlace mortal. Precisamente aquí no se podría aclarar si el paciente antes de la intervención (hipotéticamente) habría consentido. Con base en el criterio de la duda (v. n. m. 1118), incluso un médico que ha pasado por alto de modo consciente la falta de conformidad del paciente no podría ser sancionado. Finalmente, en estas constelaciones, a la decisión sobre la punibilidad en el momento de la actuación médica se superpondrían valoraciones posteriores indeterminadas: la respuesta de un paciente respecto a su conformidad hipotética sería por lo regular dependiente de si, desde su perspectiva, la operación fue exitosa. Si se quiere considerar la voluntad real del paciente tras la operación como no irrelevante —lo cual sería escasamente compatible con el principio de autonomía—, entonces, la punibilidad del médico dependería de facto de la aprobación posterior respecto a la lesión del bien jurídico[103], lo cual —como todo efecto *ex tunc*— en el derecho penal resultaría problemático con respecto al principio de determinación.

100 Ampliamente *Haas*, GA 2015, 147 ss.; *Mitsch*, JZ 05, 279; respecto a él: *Kuhlen*, JZ 05, 713, cfr., respecto a las distintas posiciones de análisis en la evaluación, *Kindhäuser*, AT n. m. 18.

101 Cfr. *Jäger*, Jung-FS, p. 345, 350 y s.; *Sternberg-Lieben*, Beulke-FS, p. 299, 302 y s.

102 *Duttge*, Schroeder-FS, p. 179; *Eisele*, BT I, n. m. 312 y ss.; *Gropp*, Schroeder-FS, p. 197; AnwK-StGB-*Hauck*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 19; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 338; *Jäger*, Jung-FS, p. 345; *el mismo*, JA 16, 472, 474; *Jansen*, ZJS 11, 482; *Otto*, Grundkurs AT, § 8 n. m. 134; NK-*Paeffgen*, Vor §§ 32-35 n. m. 168a; *Puppe*, GA 2003, 764; *la misma*, AT, § 11 n. m. 22; *la misma*, ZIS 16, 366; *Renzikowski*, *Fischer*-FS, p. 365; *Rönnau*, JuS 14, 882, 885; *Schlehofer*, *Puppe*-FS, p. 953; *Sickor*, JR 08, 179; *Sowada*, NStZ 12, 1; *Weber*, Puppe-FS, p. 1059, 1062 y ss.; *Yamanaka*, Maiwald II-FS, p. 865; crít. también *Zabel*, GA 2015, 219; ampliamente, *Edlbauer*, Die hypothetische Einwilligung als arztstrafrechtliches Haftungskorrektiv, 2009; así también AG Moers BeckRS 15, 18722.

103 Así también *Swoboda*, ZIS 13, 18, 26; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 338; *Saliger*, Beulke-FS, pp. 257, 265; de otra opinión, S/S/W-StGB-*Rosenau*, Vor §§ 32 n. m. 53.

586 c) La discusión de este ámbito problemático actual y además relevante para las evaluaciones, aún no está cerrada[104]. No puede negarse que existe una **necesidad práctica** de no sancionar toda lesión del deber de información médica como una lesión corporal.

587 Las propuestas de una atenuación orientada sobre la base del derecho vigente, pasan por limitar el deber de información moldeado por la jurisprudencia por una vía igualmente autónoma del derecho penal, de modo que, al final, **únicamente las graves infracciones del deber de información (jurídico-civil) sean consideradas** como jurídico-penalmente relevantes[105]. En una orientación similar se dirige la propuesta de exigir la información médica solo cuando esto es necesario para posibilitar al paciente una decisión autorresponsable[106].

588 d) Debido a las incertidumbres remanentes, el legislador sigue exigiendo insistentemente —apoyándose, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico-penal austríaco— la realización de una separación en el tipo del delito de la protección de los bienes jurídicos "integridad corporal" y "derecho a la autodeterminación del paciente" y, en relación con este último, **crear un nuevo tipo penal referido a un "tratamiento curativo arbitrario"**[107]. Esto permitiría reducir los actuales tipos de lesiones corporales a la protección real de la integridad corporal y no —como hasta ahora— conseguir una protección del derecho de autodeterminación por medio de la vinculación del consentimiento a una correcta información[108].

104 V., al respecto, especialmente los aportes a la discusión de la 36. Jornada de Profesores de Derecho Penal 2015, resumidos por *Brodowski*, ZStW 127 [2015], 691, así como *Tag*, ZStW 127 [2015], 523; detalladamente sobre el derecho de autodeterminación, *Magnus*, Patientenautonomie.

105 Así, *Edlbauer*, Die hypothetische Einwilligung, 2009, p. 473 y s.; v. también *Zabel*, GA 2015, 219 y ss.

106 Por ejemplo, *Saliger*, Beulke-FS, pp. 257, 270.

107 Cfr., para un tipo correspondiente, el § 110 öStGB; respecto a las aspiraciones legislativas en Alemania, v. solo el RefE del BMJ respecto al 6. StrRG de 1996, al respecto, LK-*Lilie*, Vor § 223 n. m. 6; otras invocaciones al legislador se hallan también en *Böcker*, JZ 05, 925; *Duttge*, FS E.-C. *Schroeder*, 179, 193 y ss.; *Gropp*, FS E.-C. *Schroeder*, 197, 207; *Rönnau*, JuS 14, 882, 885; en cambio, a favor de una cláusula de reprochabilidad en el § 223, *Swoboda*, NStZ 12, 18, 31.

108 Bastante crítico *Beulke*, medstra 15, 67, 69, 76, respecto a la protección de un "apócrifo" bien a proteger —que en su opinión resulta incluso *contra legem*— en forma de la autonomía del paciente en el § 223.

En el **caso n.° 11a**, M no ha consentido ni expresa ni tácitamente la apertura de la correspondencia dirigida a él. Tampoco existía una autorización pública fundamentada legalmente para F; el matrimonio, como tal, no concede a ninguno de los cónyuges el derecho a abrir por su cuenta la correspondencia enviada al otro cónyuge. En vista que la apertura de una carta **oficial entre cónyuges** por lo regular no representa ningún perjuicio para el destinatario y nada hacía referencia a una voluntad contraria de M —por el contrario, bajo determinadas circunstancias era de temer el incumplimiento de un plazo—, el comportamiento de F se realizó desde una perspectiva ***ex ante*** en interés de M. Puesto que F había **ponderado conscientemente los intereses en cuestión y se había convencido** de que su actuación correspondería con la voluntad presunta de M, la apertura de la carta en virtud del consentimiento supuesto estaba justificada. La circunstancia de que el hecho no correspondía a la verdadera voluntad de M porque él quería esconder ante F la devolución de impuesto, es irrelevante debido a que no era posible reconocer esa intención[109]. 589

En el **caso n.° 11b**, B ha maltratado físicamente a S y ha realizado, por medio de una especial forma de comisión, el tipo de las lesiones corporales peligrosas (§§ 223, 224 I Nr 2). El consentimiento voluntario y serio concedido por S no tiene la capacidad de justificar el hecho. Es poco probable aceptar que S, quien tiene 13 años, había comprendido completamente el alcance de su conformidad. En contra, habla, por un lado, su edad reducida, y por otro lado, la gravedad y duración de la lesión aceptada (detalladamente sobre el § 226.I Nr. 3). Independientemente de ello, se tendrá que clasificar el **hecho**, pese al consentimiento, también como **contrario a las buenas costumbres** en el sentido del § 228. Se trata de una intervención en la integridad corporal grave y, respecto a las consecuencias infecciosas, también de efectos especialmente poco previsibles, de modo que, en ausencia de un objetivo positivo, solo puede considerarse[110] contraria al sentido general de decencia de todas las personas razonables y justas (v. n. m. 560). En ese sentido, B ha actuado antijurídicamente.

Jurisprudencia actual respecto al § 11:

— BGH NStZ 15, 156 con discusión *Kudlich*, JA 14, 873: Devolución tardía del vehículo arrendado al arrendador y consentimiento ("generalizado") respecto al § 248b; cfr. n. m. 547.

— BGHSt 58, 140 con discusión *Bosch*, JK 8/13, StGB § 228/6: Lesiones corporales en el marco de una disputa violenta entre grupos rivales infringen las buenas costumbres (§ 228) y, por eso, no están justificadas, aun cuando

109 Cfr. LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 223; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 y ss. n. m. 54–60.

110 RGSt 74, 91; BGHSt 4, 88; BayObLG NJW 99, 372.

exista un consentimiento si faltan acuerdos limitantes de la peligrosidad potencial y aseguramientos efectivos para su cumplimiento; cfr. n. m. 560.

— BGH NStZ 15, 270 (caso *Hooliganschlägerei*): La punibilidad por una lesión corporal cometida en el marco de una disputa física consentida, no está excluida ya debido a la presencia de un consentimiento de los intervinientes aun cuando los participantes se comporten en el marco de las "reglas" previstas anticipadamente. Más bien, tales hechos debido a los peligros relevantes que surgen desde una perspectiva *ex ante* para la integridad y vida (golpes con los pies calzados también contra la cabeza, situaciones de exceso) y con miras a las valoraciones del § 216 (bien jurídico "vida" como no disponible) y del § 231 (peligrosidad especialmente abstracta de las "riñas") son contrarios a las buenas costumbres en el sentido del § 228; cfr. n. m. 564.

— BGHSt 55, 191 (caso *Putz*): Justificación de la eutanasia mediante un hacer activo en forma de interrupción del tratamiento correspondiente a la voluntad real o presunta del paciente; cfr. n. m. 575.

— BGH NStZ 12, 205 (caso *Gastroskopie*) con discusión *Satzger*, JK 5/12, StGB § 223/6: Una lesión corporal causada en el marco de una intervención con diagnóstico médico sin el consentimiento del paciente, en la forma de una gastroscopia, no puede ser justificada por medio de la figura del consentimiento hipotético; cfr. n. m. 582.

§ 12 Causas de justificación IV: Derecho de corrección y de educación, así como derecho de arresto

590 **Caso n.° 12**

El papá M se entera que su hijo S, de 13 años, en el marco de una "prueba de valor" voluntaria, con el fin de lograr la aceptación en una "pandilla juvenil", se deja marcar con un fierro caliente sobre el muslo por el líder de la banda B (v. caso n.° 11b). M reacciona a ello dándole una bofetada a S y enviándolo a su dormitorio por tres horas como "pena" (**n. m. 591, 595 y 599**).

¿Está cubierto el comportamiento de M por medio de una causa de justificación?

I. Derecho de corrección y de educación

En el **caso n.° 12**, M abofeteó a su hijo S como castigo por la realización de la "prueba de valor". Allí podría existir una lesión corporal según el § 223. El castigo adicional, consistente en la prohibición de salir de la habitación, representa posiblemente una privación de libertad, según el § 239. La circunstancia de que ambas medidas persiguen un fin educativo podría, sin embargo, justificar el hecho. 591

1. El derecho de corrección corporal

Anteriormente, todos los castigos corporales de los padres frente a sus hijos eran considerados como típicos en el sentido del § 223[1]. Ello se basaba en que un castigo, pensado como sanción educativa, era percibido por el afectado precisamente como un "mal" y, de ese modo, tendría influencia sobre su comportamiento futuro. Sin embargo, venía en consideración, como **causa de justificación, el derecho de corrección de los padres.** La autorización a una corrección corporal moderada era deducida del derecho de cuidado y educación regulado en los §§ 1626, 1631 BGB (para el tutor en el § 1800 BGB). Entretanto, la situación jurídica ha variado. El § 1631 II BGB señala ahora expresamente: "Los niños tienen en el derecho a una **educación libre de violencia.** Los castigos corporales, maltratos psicológicos y otras medidas humillantes no están permitidos". De esa forma, el legislador quiso proscribir por completo, por lo menos desde el ámbito jurídico-civil, los castigos corporales. Por eso, la entonces opinión dominante también consideró como no permitida toda corrección corporal bajo aspectos jurídico-penales y únicamente señaló la posibilidad de un sobreseimiento del proceso penal con base en criterios de oportunidad (§§ 153, 153a StPO) o de una atenuación de la pena[2]. La opinión contraria señala que el § 1631 II BGB indica que solo aquellas sanciones corporales que, **al mismo tiempo, son degradantes** no están permitidas, de modo que, más allá de ese límite relacionado con castigos corporales extremos, la nueva regulación jurídico-civil no tendría ninguna 592

1 BGHSt 11, 241; 12, 62.

2 AG Burgwedel JAmt 05, 50; *Bohnert*, Jura 99, 533, 534; *Bussmann*, p. 379 y ss.; AnwK-StGB/*Hauck*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 23; *B. Heinrich*, AT, n. m. 520 y ss.; *Hennes*, Das elterliche Züchtigungsrecht–Ein derogierter Rechtfertigungsgrund, 2009; *Herzberg*, JZ 09, 333; *Hillenkamp*, JuS 01, 159, 165; *Kargl*, NJ 03, 59; *Noack*, JR 02, 406, 408 (quien, sin embargo, considera por eso el § 1631 II BGB como inconstitucional); *Otto*, Jura 01, 670; *Riemer*, ZJJ 05, 403; *el mismo*, FPR 06, 387; *Roxin*, JuS 04, 177; instructivo M.*Heinrich*, ZIS 11, 431 y ss.

relevancia para el derecho penal. Más bien, vendría en consideración, al igual que antes, la causa de justificación de la corrección corporal[3].

593 Parece adecuada una posición intermedia. Una regulación simplemente legal no es capaz de suprimir[4] el derecho de educación de los padres garantizado en el art. 6 GG. Por eso, las medidas educativas sensatas tienen que estar permitidas. En ese sentido, por ejemplo, una madre puede aclararle, por medio de un castigo espontáneo, a su hijo pequeño apresurado en cruzar una calle muy transitada, que algo así no está permitido. Para la prevención de comportamientos peligrosos del niño, el castigo referido a la situación puede tener lugar de modo intensamente perceptible, así, por ejemplo, en forma de una "bofetada" dolorosa. Que, por el contrario, una leve "palmada en el trasero", por ausencia de relevancia, de ninguna manera configura los presupuestos típicos del § 223, corresponde a la casi unánime opinión. La, con toda certeza, aspirada libertad de violencia en la educación de los niños se tiene que adecuar al objetivo general del aseguramiento del bienestar del menor. Esto es interpretativamente viable mediante una interpretación de la ley (§ 1631 II BGB y § 223) compatible con la Constitución. En el marco del § 1631 II BGB, el castigo corporal solo puede considerarse como un subcaso de las medidas humillantes. Un castigo corporal moderado de los propios hijos, que solo sobrepase de modo no esencial el límite de lo leve y que, en el caso concreto, resulte proporcional, carece de carácter "humillante", de modo que aquel es compatible con el § 1631 II BGB. En consecuencia, una tal medida educativa no puede clasificarse como un "trato desproporcionadamente dañino" y, por ello, como maltrato corporal en el sentido del § 223. El **problema** del derecho de corrección de los padres, en ese sentido, **se ha trasladado del ámbito de la justificación al del tipo.** Sin embargo, se puede extraer de la nueva versión del § 1631 II BGB que las sanciones corporales **por lo regular** también son "humillantes" y, por eso, están "prohibidas". Luego, si un castigo corporal va aparejado de daños esenciales a la integridad o bienestar corporal,

3 *Kindhäuser*, AT, § 20 n. m. 18; Lackner/Kühl-*Kühl*,, § 223 n. m. 11; *Marxen*, AT, p. 99; *Schmidt*, Grundrechte als verfassungsunmittelbare Strafbefreiungsgründe, 2008, S. 216; igual en el resultado, Matt/Renzikowski-*Engländer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 36 (causa de exclusión del injusto penal); *M. Heinrich*, ZIS 11, 431, 440 y ss.; *v. Bock*, Das elterliche Recht auf körperliche Züchtigung, 2011; *Murmann*, Grundkurs, § 25 n. m. 153 (quien considera que el § 1631 II BGB es inconstitucional).

4 HK-GS-*Duttge*, Vor § 32 n. m. 23; cfr. *Roellecke*, NJW 99, 337.

entonces, esto **por lo regular** también será un trato desproporcional y, por ello, **punible**[5] como "maltrato corporal" de acuerdo con el § 223.

Solo queda espacio en ese estrecho marco para una corrección corporal —en *ultima ratio*— cubierta por el derecho de educación. En conexión con los principios anteriormente desarrollados para la justificación, los cuales tienen que interpretarse restrictivamente con miras al modelo legislativo de la educación libre de violencia, no se configura el **tipo** del § 223: 594

a) Si la medida educativa es objetivamente **requerida** con base en un **motivo de corrección suficiente** y es **guiada** subjetivamente por un **fin educativo**, y

b) Si el castigo sigue siendo leve en su forma e intensidad y se encuentra en una **relación de proporcionalidad** respecto a la falta cometida por el niño y la edad de este, cuya constitución corporal y desarrollo psicológico también deben considerarse en la ponderación.

Un castigo en forma de tortura, que dañe la salud, sea innecesariamente humillante o que infrinja gravemente el sentimiento general de decencia, está siempre prohibido[6].

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III n. m. 356

595 En el **caso n.° 12**, existía para M un motivo de corrección suficiente respecto a S: la "prueba de valor" de la clase emprendida por S tiene que ser contrarrestada por razones educativas. La forma de sanción física elegida por M se halla en una relación adecuada respecto a la edad y a la falta cometida por S. Al total escepticismo respecto del valor pedagógico de los castigos corporales se tendrá que conceder que, en cuanto al castigo de S, M se ha mantenido en el marco de lo jurídicamente permitido por medio de un castigo leve. Puesto que el disgusto y la excitación no excluyen que una acción se lleve a cabo con fines educativos (BGH GA 1963, 82), el perjuicio leve del bienestar corporal de S no es un trato corporal dañino, desproporcional, degradante y, por ello, no representa un maltrato corporal en el sentido del § 223.

5 Detalles en *Beulke*, Hanack-FS, p. 539 y ss.; *el mismo*, Schreiber-FS, p. 29; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 317a; ampliamente a favor *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/1, § 8 n. m. 19; similar LK-*Lilie*, § 223 n. m. 10; diferenciadamente MK-*Joecks*, § 223 n. m. 63 y ss.; respecto a otras propuestas de armonización, v. *Günther*, Lange-FS, p. 877; SK-*Horn/Wolters*, § 223 n. m. 13 y ss.; ampliamente, sobre todo con datos empíricos, *Bussmann*, p. 33 y ss.; *el mismo*, ZJJ 13, 120; *Kreuzer*, Böttcher-FS, p. 303, 312 y ss.; referido a casos, *Knauer*, Jura 14, 254, 256.

6 Cfr. BGHSt 11, 241, 260.

596 El derecho de corrección como tal, del mismo modo que el derecho de educación, no es transmisible; sin embargo, en el marco de una especial relación de asistencia o educación, su ejercicio puede serle confiado a otro[7]. De modo general, a terceros no les corresponde un derecho de corrección frente a niños ajenos (bajo determinadas circunstancias, en cambio, sí un derecho de legítima defensa)[8].

597 En virtud del derecho consuetudinario también se reconocía anteriormente a los **maestros** un derecho de corrección derivado de sus tareas de educación[9]. Sin embargo, en relación con esto, se ha llevado a cabo de forma acertada un cambio de opinión, dado que tal derecho no sería compatible con la dignidad garantizada jurídico-constitucionalmente ni con la integridad de las personas menores[10]. Esto también se expresa claramente en la legislación de aquellos *Land* que han declarado explícitamente los castigos corporales como no permitidos[11].

2. El derecho a otras medidas educativas

598 También en el caso de otras medidas educativas distintas a los castigos corporales hay que prestar atención a los límites derivados del derecho a una educación libre de violencia. Sin embargo, dado que, de acuerdo con el sentido del § 1631 II BGB, solo aquellas acciones que tienen un carácter "degradante" (orac. 2) deben clasificarse como violencia prohibida (orac. 1), entonces, la educación a través de medidas de los padres, como el encierro en la habitación o retener o llevar a un niño, no están inevitablemente prohibidas. Más bien, el derecho de educación puede legitimar medidas educativas adecuadas también de acuerdo con la nueva situación legal, lo que, por ejemplo, es relevante respecto de los tipos de las injurias (§ 185), de la privación de libertad (§ 239) o de la coacción (§ 240). Parcialmente, se puede fundamentar, de modo paralelo al "maltrato corporal" en el sentido del § 223, una solución del tipo (por ejemplo, respecto a la injuria). Por lo demás, el derecho de corrección despliega un efecto justificante siempre que los criterios mencionados en el n. m. 594 (un motivo de corrección suficiente y que sea requerido

7 BGHSt 12, 62, 67.

8 Más detalladamente, *Mitsch*, JuS 92, 289.

9 BGHSt 11, 241; 14, 52 e incluso aún el propio BayObLG NJW 79, 1371.

10 Cfr. *Kindhäuser*, AT n. m. 19; v. también BGH NJW 76, 1949 con observaciones, *Schall*, NJW 77, 113; *Jescheck/Weigend*, AT, § 35 III.

11 Cfr., por ejemplo, BGH NStZ 93, 591 para Baden-Württemberg.

objetivamente por razones educativas, una corrección moderada y guiada por un fin de corrección) sean satisfechos[12].

En el **caso n.° 12**, la bofetada propinada por M a S es un trato "adecuado" cubierto por el derecho de educación, el cual, por eso, no es típico en el sentido del § 223. El encierro en la habitación es típico en el sentido del § 239 (*encierro*), sin embargo, está justificado por medio del derecho de educación que corresponde a los padres (v. n. m. 593 y s., 598). **599**

II. Derecho de detención según el § 127 StPO y la autotutela según el § 228 BGB

Si alguien que ha cometido un delito o un hecho antijurídico (§ 11 I Nr 5) y es sorprendido en **flagrancia** o es perseguido, entonces **cualquiera** está autorizado a **detenerlo** provisionalmente (§ 127 I 1 StPO) cuando se tema su fuga o su identidad no pueda ser determinada de manera inmediata. El **Ministerio Público y los funcionarios del servicio público** tienen además derechos especiales de detención de acuerdo con los §§ 127 II, 127b I StPO[13]. **600**

Se discute si el § 127 I 1 StPO requiere que el delito o el hecho antijurídico hayan sido **realmente cometidos** o si basta —como en el ámbito del § 127 II StPO— la **sospecha grave de un hecho**. En la jurisprudencia es dominante la última opinión[14]. Sin embargo, esto no resulta convincente, a un particular que realiza una detención y que, a diferencia de un funcionario, no se encuentra sometido a una responsabilidad disciplinaria y no le concierne ningún deber especial de intervención, no le pueden corresponder autorizaciones amplias de ese tipo para realizar detenciones. Si ese particular yerra respecto a la existencia de un hecho, incurre en un error sobre el tipo permisivo (v. n. m. 693 y ss.). Puesto que de esa forma no puede ser sancionado por un hecho doloso, se encuentra suficientemente protegido; si, por el contrario, su error se basa en la lesión de un **601**

12 Más estricto, *Hoyer*, FamRZ 01, 521, quien distingue entre una asistencia y un cuidado permitidos y una corrección prohibida.

13 Al respecto, *Beulke*, StPO, n. m. 238; *Wagner*, ZJS 11, 465.

14 BGH, 6. Zivilsenat, NJW 81, 745; OLG Zweibrücken NJW 81, 2016; BayObLG MDR 86, 956 s; OLG Koblenz VR 2009, 32; AG Grevenbroich NJW 02, 1060; a favor —aun cuando también deja abierta la cuestión en el resultado— OLG Celle StV 16, 295 con discusión *Satzger*, Jura (JK) 15, 1259 y *Jahn*, JuS 15, 565; igualmente *Arzt*, Kleinknecht-FS, p. 1; *Herzberg/Putzke*, JuS 08, 884; *Kargl*, NStZ 00, 8; *Roxin*, AT I, § 17 n. m. 24.

deber de cuidado, entonces, la sanción por un delito imprudente resulta adecuada[15].

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III n. m. 391.

602 El § 127 I 1 StPO justifica intervenciones en la libertad personal del afectado o medidas menos intrusivas como, por ejemplo, el decomiso del documento de identidad personal o de la llave de contacto de un automóvil[16]. Para la ejecución de la detención también puede utilizarse la fuerza, bajo determinadas circunstancias. Quien se resiste a una detención legítima o busca extraerse de ella de modo violento también tiene que soportar en ese intento intervenciones en su integridad corporal (por ejemplo, hematomas provocados al ser sujetado de los brazos o excoriaciones producidas al ser derribado al suelo)[17].

603 El **uso de armas de fuego** con el objetivo de llevar a cabo una detención solo está permitido a los organismos no estatales por medio de la realización de disparos de advertencia. Por lo demás, respecto a los privados, el § 127 I StPO tampoco puede legitimar el empleo de armas en caso de lesiones especialmente graves del bien jurídico[18].

Poco significado práctico tiene el derecho de detención según el § 229 del Código Civil. Así dentro de los parámetros de la **autodefensa** permitida allí contenida, el titular puede sustraer[19], destruir o dañar una cosa o arrestar al obligado, en caso que exista riesgo de fuga y se presenten las condiciones bajo las cuales puede ser ordenado el arresto de seguridad personal[20]. Sin embargo, la detención no puede tener como único objetivo el constatar la identificar del detenido[21].

15 Más detalladamente OLG Hamm NJW 72, 1826; *Beulke*, StPO, n. m. 235; *Günther*, Kühl-FS, p. 885; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 243; *Satzger*, Jura 09, 110; zum Überblick: *Bülte*, ZStW 121 [2009], 377; *Hillenkamp*, AT. 60; *Sickor*, JuS 12, 1074; referido al caso, *Kudlich*, JA 16, 151.

16 OLG Saarbrücken NJW 59, 1190, 1191.

17 BGHSt 45, 378 con observaciones *Baier*, JA 00, 630; *Kargl/Kirsch*, NStZ 00, 604; *Mitsch*, JuS 00, 848; instructivo, el mismo JA 16, 161; *Trüg/Wentzell*, Jura 01, 30; cfr. también BGH JR 00, 297 con observaciones *Ingelfinger*.

18 *Jakobs*, AT, 16/19; *Krey/Esser*, AT, n. m. 652; *Roxin*, AT I, § 17 n. m. 28; distinto BGH MDR/H 79, 985; LR-*Hilger*, § 127 n. m. 29.

19 BGH NStZ 12, 144 con discusión *Grabow* und *Hecker*, JuS 11, 940; referido al caso, *Puschke*, JA 14, 348, 349 y s.

20 Más detalladamente, BayObLG NJW 91, 934; *Duttge*, Jura 93, 416; *Kindhäuser*, LPK, Vor §§ 32-35 n. m. 66; *Schauer/Wittig*, JuS 04, 107.

21 V. *Mitsch*, NZV 14, 545, 547 con referencia al § 230 III BGB.

Jurisprudencia actual respecto al § 12:

OLG Celle StV 16, 295 con discusión de *Satzger*, Jura (JK) 15, 1259: Para el ejercicio del derecho de detención, de acuerdo con el § 127 párr. 1 StPO, es necesario por lo menos una sospecha grave, en cambio, no basta una sospecha leve (cfr. n. m. 601).

OLG Hamm (Sala Civil) NJOZ 15, 1863, con discusión desde la perspectiva jurídico-penal, *Kudlich*, JA 16, 150: Para el § 127 I StPO basta que, desde la perspectiva de quien realiza la detención, se presente sin dudas razonables un alto grado de sospecha respecto del hecho cometido (cfr. n. m. 601). Si quien realiza la detención yerra respecto de los requisitos fácticos del derecho de detención, entonces, el derecho de defensa del detenido injustamente queda limitado, de modo que este, en general, en lugar de una defensa agresiva contra una acción de detención (injustificada), en principio, tiene que aclarar el error o, dado el caso, esperar la intervención de la policía (cfr. también n. m. 518).

§ 13. Culpabilidad y causas de exculpación

Caso n.° 13 **604**

a) Luego de que W se entera casualmente de que su enamorada E lo ha engañado por años con otro, toma la decisión de infligirle por venganza un daño permanente. Recordando sus rudimentarios conocimientos de derecho penal, quiere proceder de un modo especialmente inteligente para así evitar una pena y, por eso, quiere colocarse antes del hecho en un estado excluyente de culpabilidad. Para ello, aunque no está acostumbrado al alcohol, W bebe toda una botella de un licor con alto contenido alcohólico y, cuando todavía podía pensar con mucha dificultad, le mezcla a E —como lo había planeado desde el inicio— una caipiriña —el cóctel preferido de esta— con una potente neurotoxina. Cuando E llega a casa, A le alcanza la bebida dibujando una sonrisa. E, que no sospecha de nada, toma un gran trago y se desmaya inmediatamente. Como W lo quería, el veneno causa una parálisis permanente de la parte inferior del cuerpo. En el momento en el que W ofrece el trago a E, aquel tenía un grado de concentración de alcohol en la sangre del 3.5 %.
¿Cómo tiene que valorarse jurídico-penalmente el comportamiento de W? (**n. m. 608a, 629a, 633, 634a, 636, 638**).

b) El líder de una banda de roqueros R se quiere vengar de su adversario K. Para no hacerlo con sus propias manos, R se dirige donde A y le dice que "enfriará"

a su hijo K si no lo golpea completamente con un látigo. Por miedo de que algo le pase a su hijo, A se dirige donde K y le propina algunos latigazos. ¿Cómo tiene que valorarse jurídico-penalmente el comportamiento de A? (**n. m. 664a**)

I. Culpabilidad y responsabilidad en el derecho penal

1. El principio de culpabilidad

605 En consonancia con el concepto de persona de la Constitución Fundamental, el derecho penal alemán se basa en el **principio de culpabilidad y de responsabilidad**: la pena requiere de culpabilidad (v. n. m. 18)[1]. A este principio, anclado jurídico-constitucionalmente en la garantía de la dignidad de la persona del art. 1.IGG, así como en el principio del Estado de derecho puede serle asignado un distinto contenido de significado, de acuerdo con la función que le sea adscrita a la culpabilidad en el derecho penal. En todo caso, es posible identificar las siguientes tres funciones del concepto de culpabilidad, en forma de tesis[2]:

"No hay pena sin culpabilidad": Junto a la tipicidad y la antijuridicidad, la culpabilidad es un elemento del delito **fundamentador de la pena y limitador de la pena.**

"La pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad": Toda pena impuesta en el caso concreto tiene que ser **adecuada a la culpabilidad**[3].

"Injusto y culpabilidad están relacionados recíprocamente": La culpabilidad del autor tiene que abarcar **todos los elementos del injusto realizado.**

2. La relevancia de la culpabilidad en el sistema del derecho penal

606 StGB distingue claramente entre **injusto** y **culpabilidad** (v., por ejemplo, §§ 17, 20)[4]. Mientras que en el ámbito del injusto ha de constatarse el apar-

1 BVerfGE 95, 96, 131; 96, 245, 249; 133, 168, 197; BVerfG NJW 16, 1149, 1152 s.; BGHSt GrS 2, 194, 200.

2 Cfr. *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974, p. 2 ss.

3 Respecto a la relevancia del principio de proporcionalidad en este contexto, v. *Frisch*, NStZ 13, 249.

4 Véase más profundamente al respecto *De Sousa Mendes*, Wolter-FS, p. 271; *Frisch*, GA 2014, 489; B. *Heinrich*, Ad Legendum 15, 89.

tamiento de la acción conminada con una pena respecto de la norma de deber ser de nuestro ordenamiento jurídico, es decir, su contrariedad con el derecho, en el ámbito de la culpabilidad —de acuerdo con el concepto aquí subyacente (v. n. m. 610)— se trata de la cuestión acerca de si tiene[5] que reprocharse personalmente al autor un hecho antijurídico. A diferencia de la constatación del injusto típico, no es el hecho, sino el autor, al que hay que imputar subjetivamente en este ámbito el injusto realizado, quien se halla, en consecuencia, en el centro de la determinación de la culpabilidad.

607 Es decir, tiene que distinguirse lo siguiente: un comportamiento que realiza el tipo de una norma penal no representa un injusto cuando en la determinación de la antijuridicidad se llega a la conclusión de que está cubierto por una norma autoritativa (cfr. n. m. 401). Si en el nivel de la culpabilidad se revela que el hecho no es reprochable personalmente al autor, esto, sin embargo, deja incólume el injusto del hecho. La **relevancia de esa distinción** se muestra en diversos lugares de la determinación de la punibilidad: así, la ausencia de culpabilidad del agresor no repercute en la **legítima defensa o en la defensa de terceros**, puesto que una situación de legítima defensa o de defensa de terceros únicamente requiere de una agresión **ilegítima** (y, con ello, no necesariamente culpable) que sea actual. De mismo modo sucede en la **participación**: de acuerdo con el principio de la accesoriedad limitada (cfr. n. m. 795), para una sanción como instigador o cómplice basta con que el autor principal cometa un hecho doloso **antijurídico**; si ese hecho no es personalmente reprochable al autor y, por ello, no ha sido cometido culpablemente por él, entonces, la sanción de un tercero por participación en ese hecho —antijurídico— sigue siendo posible[6].

608 También en el nivel de las **consecuencias jurídicas** es de una relevancia central la distinción entre un comportamiento únicamente antijurídico y uno culpable: a diferencia de la "pena", las "medidas de corrección y de aseguramiento" (§ 61) no se vinculan a la culpabilidad, sino a la peligrosidad social del autor. En ese sentido, su imposición también es posible en caso de un comportamiento carente de culpabilidad, pero requiere —a modo de umbral mínimo para una sanción preventiva en el ámbito del derecho penal— la existencia de un "hecho antijurídico", en el sentido del § 11.I.5. De ese

5 Para un panorama preliminar: *Heghmanns*, Ad Legendum 15, 96; v. al respecto también ya *supra* n. m. 29.

6 Instructivo con ejemplos *B. Heinrich*, Ad Legendum 15, 89 (90).

modo, si se arriba a la conclusión de que no se puede reprochar al autor un comportamiento típico y antijurídico, entonces, solo estará excluida una sanción, pero no la imposición de una medida de corrección y aseguramiento.

608a En el **caso n.° 13a**, W ha cometido típicamente y antijurídicamente una lesión corporal grave, según el § 226 I Nr 3, II (dado el caso, en conexión con el § 25 I Alt. 2, por medio de la utilización de E como "instrumento contra sí misma", v. n. m. 780), dándole a tomar la caipiriña que contenía veneno. Sin embargo, en ese momento, W se hallaba completamente alcoholizado y, por eso, posiblemente ya no era capaz de percatarse del injusto de su hecho. Esto podría hacer decaer la reprochabilidad personal de la culpabilidad, pero quedaría incólume la punibilidad de un eventual cómplice (por ejemplo, el farmacéutico G, quien le ha proporcionado el veneno a W, a sabiendas del plan); tampoco un derecho de legítima defensa por parte de E estaría, en general, excluido, puesto que el comportamiento de W es antijurídico y fundamenta una situación de legítima defensa.

3. Teoría de la culpabilidad y concepto normativo de la culpabilidad

609 Sin embargo, la clasificación funcional, así como su significado en el sistema del derecho penal ayudan poco en la determinación del contenido material del concepto de culpabilidad. El StGB no dice nada al respecto y se deja bastar en el § 29 solo con la indicación de que, en caso de diversos intervinientes en el hecho, **cada uno** es punible **según su culpabilidad**[7].

610 **a) El concepto normativo de culpabilidad**: La "teoría normativa de la culpabilidad", fundada por *Frank*[8], considera la esencia de la culpabilidad en la **reprochabilidad de la composición subjetiva y de la manifestación de la voluntad**, es decir, en la valoración normativa de un suceso psíquico. Una consideración valorativa de ese tipo puede explicar la exclusión de la pena —a diferencia de un concepto psicológico de culpabilidad (v. n. m. 612)—, cuando, pese a que el autor ha tomado una decisión contraria al derecho (componente psicológico); sin embargo, en el caso concreto la comunidad jurídica la comprende (componente normativo). De acuerdo con la opinión

7 Sobre la discusión respecto al concepto de culpabilidad: *Beck*, Ad Legendum 15, 102; *Burkhardt, Maiwald* II-FS, p. 79; *Dölling*, FPPK 07, 59; *Frister*, JuS 13, 1057; *Gropp*, Puppe-FS, p. 483; *Herzberg*, GA 2015, 250; *Hörnle*, Kriminalstrafe; *Küpper*, p. 148 y ss.; *Lesch*, Der Verbrechensbegriff; JA 02, 602; *Loos*, Maiwald II-FS, p. 469; *Schünemann*, Lampe-FS, p. 537; *Sinn*, Uni-Gießen-FS, p. 321; *Streng*, n. m. 12 y ss.; LK-*T. Walter*, Vor § 13 n. m. 159 y ss.; *Zabel*, Schuldtypisierung als Begriffsanalyse, 2007, p. 242 y ss.

8 *Frank*, Aufbau des Schuldbegriffs, 1907; StGB, An. m. II vor § 51; al respecto también *Duru*, ZJS 12, 734 y *Kaspar*, AT, n. m. 409 y ss.

defendida mayoritariamente, el concepto complejo de la culpabilidad jurídico-penal contiene **elementos normativos de la culpabilidad tanto positivos como negativos**[9]. Los elementos positivos de la culpabilidad describen las condiciones fundamentales para la imposición de un reproche individual de la culpabilidad. Si existe un elemento negativo de la culpabilidad, entonces, allí se manifiesta la comprensión del caso individual respecto a la decisión del autor "contraria al derecho", que se ha descrito.

Elementos positivos de la culpabilidad	Elementos negativos de la culpabilidad
Imputabilidad (v. n. m. 621 y ss.)	Ausencia de causas de exculpación (v. n. m. 652 y ss.)
Elementos especiales de la culpabilidad (v. n. m. 643 y ss.)	
Forma de la culpabilidad (culpabilidad dolosa o imprudente; v. n. m. 646 y s.)	
Conciencia del injusto (posibilidad de la comprensión del injusto; v. n. m. 648 y ss.)	

611 De acuerdo con una comprensión clásica, de la exigencia de una reprochabilidad individual se sigue una limitación de la culpabilidad a personas naturales, lo que en Alemania —junto al argumento de que solo estas últimas serían capaces de acción (v. n. m. 140 y ss.)— es sostenido por la (aún) opinión dominante[10] contra una punibilidad de las personas colectivas. Sin embargo, precisamente un concepto de culpabilidad entendido normativamente como en muchos otros Estados abre una comprensión "jurídicamente amplia" de la culpabilidad, la cual, en todo caso, tampoco excluye *de lege ferenda* una punibilidad de las personas jurídicas desde el principio[11].

612 **b)** La "**comprensión psicológica de la culpabilidad**" divisaba la esencia de la culpabilidad en la relación subjetivo-espiritual del autor con el hecho. Ella identificaba el concepto de culpabilidad con el suceso psíquico (conocimiento/desconocimiento, voluntad/ausencia de voluntad) y, por consiguiente, consideraba el dolo y la imprudencia como "formas de la

9 Más detalladamente, *Achenbach*, Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre, 1974; *Krümpelmann*, GA 1983, 337; *Momsen*, Jung-FS, p. 569; LK-*T. Walter*, Vor § 13 n. m. 163 y ss.

10 Así, especialmente, *Frister*, AT, 3. Cap., n. m. 13 y ss.; *Greco*, GA 2015, 503 y ss.; *Köhler*, AT, p. 557; *Krey/Esser*, AT, n. m. 111; *Ransiek*, NZWiSt 12, 45.

11 Sobre el proyecto de ley del Land Nordrhein-Westfalen, véase *supra* n. m. 141.

culpabilidad"[12]. Sin embargo, esta teoría no consideraba elementos esenciales de la culpabilidad y no era capaz de explicar por qué decaía la culpabilidad de un agente doloso bajo las condiciones del estado de necesidad.

612a c) El **concepto funcional de culpabilidad define** la culpabilidad por medio de la función de la pena[13]. La culpabilidad es caracterizada como un "derivado" de la prevención general (v. n. m. 23)[14] y su concepto es definido de modo preferente por los fines preventivos de la pena. Un comportamiento culpable solo es afirmado cuando la pena parece necesaria para el fortalecimiento de la conciencia jurídica general (prevención general positiva).

A esta consideración tiene que oponerse que el concepto de culpabilidad pierde de esa forma todos sus contornos. Pues nadie puede saber si, en la respectiva constelación, una sanción es incondicionalmente necesaria para el fortalecimiento de la fidelidad al derecho del ciudadano, en el sentido de la prevención general positiva[15].

612b d) Una posición intermedia en el debate, en el sentido de un **concepto normativo de responsabilidad**, es asumida por *Roxin*[16], quien se muestra a favor de una síntesis, a modo de una **limitación recíproca entre culpabilidad y prevención**. De acuerdo con ello, la categoría sistemática de la culpabilidad es complementada con la "necesidad preventiva de sanción" y es caracterizada como responsabilidad. El autor solo debe ser hecho responsable por el injusto cometido por él cuando, en primer lugar, ha actuado culpablemente y, en segundo lugar, cuando existe una necesidad preventiva de sancionar el comportamiento culpable.

612c e) *Kindhäuser*[17] defiende el denominado **concepto discursivo de culpabilidad**. El punto de partida es que, en una sociedad democráticamente constituida, las normas constituyen la expresión de un acuerdo jurídico entre personas autónomas respecto a un equilibrio (lo más) justo de sus intereses. Quien infringe una norma niega el acuerdo en el que esta se basa. Por consiguiente, la culpabilidad material constituye un déficit de fidelidad al derecho, que se manifiesta por medio del delito.

12 Cfr. *Mezger*, Lb, § 33.

13 Así, entre otros, *Achenbach*, en Schünemann, Grundfragen des modernen Strafrechtssystems, 1974, p. 135, con la propuesta de reemplazar el concepto de culpabilidad con el de "imputación individual".

14 *Jakobs*, AT, 17/18 y ss.; Kühl-FS, p. 281; cfr. también *Demetrio Crespo*, Roxin II-FS, p. 689.

15 Acertadamente, *Hirsch*, ZStW 106 [1994], 746; *Maiwald*, Lackner-FS, p. 149; LK-*T. Walter*, Vor § 13 n. m. 172 y ss.

16 Cfr. *Roxin*, AT I, § 19 n. m. 3; *el mismo*, Arthur Kaufmann-FS, p. 519; *el mismo*, ZStW 96 [1984], 641; *el mismo*, SchwZStr 104 [1986], 356, Mangakis-FS, p. 237; *el mismo*, Lampe-FS, p. 423; pero también *Kaspar*, AT, n. m. 412 y ss.; *el mismo*, Verhältnismäßigkeit, p. 257 s.; al respecto: *Hoyer*, Roxin II-FS, p. 723; *R. Merkel*, Roxin II-FS, p. 737; *Sánchez Lázaro*, GA 2013, 655, 659 y ss.; *T. Walter*, Roxin II-FS, p. 763.

17 Cfr. *Kindhäuser*, ZStW 107 [1995], 701, 725 y ss.; *el mismo*, Hassemer-FS, p. 761; *el mismo*, AT, § 21 n. m. 9.

4. La libertad de la voluntad como problema del concepto normativo de culpabilidad

Si, de acuerdo con la teoría normativa de la culpabilidad, la manifestación de la voluntad del autor tiene que ser reprochable, ello significa que un reproche de culpabilidad solo puede imponerse si el autor se ha decidido a favor del injusto y contra el derecho. Por consiguiente, como punto de partida central en la discusión por la legitimidad de una pena estatal se encuentra si la **libertad de la voluntad**, es decir, la capacidad de decidirse libre y correctamente entre el derecho y el injusto, existe de algún modo. Solo cuando existe esta libertad de decisión, tiene sentido hablar de una responsabilidad jurídico-penal e imponer al agente un reproche de culpabilidad[18]. 613

a) Determinismo vs. indeterminismo: En principio, el BGH parte de la premisa de la indeterminación del comportamiento humano: "culpabilidad es reprochabilidad. Con el juicio de desvalor de la culpabilidad se reprocha al autor, que no se ha comportado conforme al derecho, que se ha decidido a favor del injusto, a pesar de que se hubiera podido comportar conforme al derecho y se hubiera podido decidir a favor de él. El fundamento interno del reproche de la culpabilidad yace en que una persona está constituida por una autodeterminación ética libre y responsable y, por eso, está capacitada para decidirse a favor del derecho y contra el injusto, organizar su comportamiento de acuerdo con las normas del deber jurídico y evitar lo jurídicamente prohibido"[19]. 614

Desde la perspectiva del clásico **indeterminismo**[20], el cual postula la "absoluta libertad de la voluntad", el punto de vista de la jurisprudencia resulta consecuente. La posición contraria es la del **determinismo**[21], con el principio explicatorio de la "ley de causalidad" del comportamiento humano, según el cual todo delito sería un producto obligatorio de la composición y del entorno; además, rechaza la validez del principio de culpabilidad, debido a la ausencia de una comprobación empírica de una voluntad libre y, con ello, cuestiona en general la legitimación del derecho penal de la culpabilidad[22].

18 Abw. *Demetrio Crespo*, GA 2013, 15; *Herzberg*, ZStW 124 [2012], 12 ss.; *el mismo*, Kühl-Fs, S. 259; *Sánchez*, Frisch-Fs, S. 555; *Schiemann*, Unbestimmte Schildfähigkeitsfestsetllungen, 2012, S. 158 ss.; *el mismo*, ZIS 12, 774.

19 BGHSt GrS 2, 194, 200.

20 NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 230c con notas adicionales.

21 Hierzu NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 230g; *Prinz*, en Geyer (ed.), Hirnforschung und Willensfreiheit, 2004, p. 22; *Roth*, Lampe-FS, p. 56.

22 Detalladamente, *Hassemer*, ZStW 121 [2009], 829 y ss. y *Kargl*, Kritik des Schuldprinzips, 1982, p. 198 y ss.

No obstante, desde una perspectiva retrospectiva casi toda acción puede ser explicada como una consecuencia de fuerzas determinantes condicionadas por la constitución y el ambiente. Sin embargo, también es igualmente seguro que el individuo no se encuentra entregado por completo a esos impulsos. La posibilidad de conducir el comportamiento se basa en la capacidad del individuo de controlar sus impulsos condicionados por su constitución y su entorno, y de orientar su decisión de acuerdo con normas ético-socialmente obligatorias y valoraciones[23].

615 **b) Nuevas investigaciones sobre el cerebro**: Mediante recientes investigaciones de las neurociencias se ha reavivado nuevamente[24] el debate entre determinismo e indeterminismo, consistente en la comprobación o la refutación de una voluntad libre. Según esto, la decisión definitiva a actuar tendría lugar a través de la memoria de la experiencia, que trabaja emocionalmente —el sistema límbico— de uno a dos segundos antes que el individuo perciba conscientemente ello como su decisión[25]. Es posible cuestionar los resultados de la investigación de un modo general y también metodológicamente. Las estériles condiciones de laboratorio bajo las cuales se llevan a cabo tales investigaciones, no pueden reproducir la complejidad de las relaciones de la vida humana y sus procesos de decisión[26]. Además, es cuestionable si la libertad de la voluntad como tal puede ser medida y registrada, de algún modo, a través de los métodos de investigación utilizados[27]. Formulado de un modo exagerado, incluso —tomando como base la suposición de esa fuerte dependencia de lo consciente respecto de lo subconsciente—, tiene que ponerse en cuestión si un ser humano estaría, de algún modo, en la posibilidad de ejecutar una investigación sensata y responsable de la libertad de la voluntad.

23 Más detalladamente, al respecto, S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 107 y ss.; *Frister*, Frisch-FS, p. 533; Jescheck/Weigend, AT, § 37; *Arthur Kaufmann*, Jura 86, 225; Lampe, Heinz-FS, p. 778; *Lüderssen*, Puppe-FS, p. 65; *Neumann*, BGH-Wiss-FS, p. 83; *Otto*, GA 1981, 481; *Rath*, Aufweis der Realität der Willensfreiheit, 2009; véase también *Keil*, Willensfreiheit, 2. ed. 2013; *Spranger*, JZ 09, 1033.

24 Véase, panorámicamente, *Hirsch*, ZIS 10, 62 y ss.; de modo más profundo, *R. Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 2008, p. 240 y ss.; *Roth*, Lampe-FS, p. 43; *Singer*, Ein neues Menschenbild?, 2003; *el mismo*, en Elsner/Schreiber (ed.), Was ist der Mensch?, 2. ed. 2003, p. 143; *Spilgies*, ZIS 07, 155.

25 *Prinz*, en von Cranach y otros (eds.), Freiheit des Entscheidens und Handelns, 1996, p. 98.

26 *Hillenkamp*, JZ 2005, 313, 319; *el mismo*, ZStW 127 [2015], 10, 78; *G. Merkel*, Herzberg-FS, p. 7; así, también, S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 110a y LK-*Schöch*, § 20 n. m. 26, respectivamente, con notas adicionales.

27 Así, por ejemplo, *Burkhardt*, Eser-FS, p. 81; *Hassemer*, ZStW 121 [2009], 829, 847 s. y *T. Walter*, FS-Schroeder, p. 141.

En todo caso, hasta ahora las ciencias naturales no han podido aportar ni la prueba a favor ni en contra de la libertad de la voluntad. Ya por eso no se puede prohibir al derecho penal fundamentar el propio sistema, como hasta ahora, en el poder actuar de otro modo[28]. 615a

Como ya se ha mencionado, la hipótesis del carácter determinista de la libertad de decisión es posiblemente no verificable del todo; entonces, también se propone alternativamente una solución intermedia, a favor de la cual *Roxin* y otra parte de la literatura adoptan una firme postura: ello dependería de la "**asequibilidad normativa**" del autor, la cual existiría si este, "en cuanto al hecho, estaba dispuesto a seguir el llamado de la norma de acuerdo con su composición psicológica y espiritual, si le hubiesen sido (aún) accesibles 'posibilidades de decidir respecto de un comportamiento orientado a la norma', si la [...] posibilidad psíquica de conducción que existe en la mayoría de situaciones en un adulto saludable hubiese estado disponible en el caso concreto"[29]. Teniendo en cuenta este hallazgo de la ciencia experimental y con ayuda de una adscripción valorativa, es posible dejar completamente abierta la cuestión referida a la existencia de la libertad de la voluntad como condición de la culpabilidad. 616

5. Resumen: El objeto del reproche de la culpabilidad

Si se coloca justificadamente en la base del concepto normativo de culpabilidad las premisas del "poder actuar de otro modo", entonces, se puede entender el contenido del reproche de culpabilidad de la siguiente forma: 617

28 Similar en el resultado: *Alwart*, Hruschka-FS, p. 357; *Braun*, JZ 04, 610; *Bung*, p. 5 y ss.; Lampe AAVV-*Dölling*, p. 371; *Erber-Schropp*, Schuld und Strafe, 2016, p. 163; *Frisch*, Kühl-FS, p. 187; *Hassemer*, Kirchhof-FS, Bd II, § 123; *Hillenkamp*, JZ 05, 313 y 15, 391; *el mismo*, ZStW 127 [2015], 10 y ss.; *Hirsch*, ZIS 10, 62; Jäger, GA 2013, 3; *Krauß*, Jung-FS, p. 411; *Kudlich*, HRRS 05, 43; *Schreiber/Rosenau*, en Venzlaff/Foerster, p. 80 y ss.; *Streng*, Jakobs-FS, p. 675; *T. Walter*, Schroeder-FS, p. 131; *Weißer*, GA 2013, 26; cfr. también *Duttge* y otros (eds.), Das Ich und sein Gehirn, 2009; *Holderegger* y otros (eds.), Hirnforschung; *Jakobs*, ZStW 117 [2005], 247; *Marlie*, ZJS 08, 41; Roth/Hubig/Bamberger (eds.), Schuld und Strafe, 2012; *Ruske*, Ohne Schuld und Sühne, 2011; *Stompe/Schanda* (eds.), Der freie Wille und die Schuldfähigkeit, 2010; S/S-*Eisele*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 110a s.

29 *Roxin*, AT I, § 19 n. m. 136; *el mismo* ZStW 96 [1984], 641, 652 s.; similar Lackner/Kühl-*Kühl*, Vor § 13 n. m. 23, 26: "motivación normal por medio de normas sociales"; respecto a los enfoques bastante similares, pero en detalles fuertemente diferenciados, v. por ejemplo también *Herzberg*, Achenbach-FS, p. 178 y ss.; *Hoyer*, Roxin-II-FS, p. 723; *R. Merkel*, Roxin-II-FS, p. 737; *Neumann*, ZStW 99 [1987], 587 y ss.

"culpabilidad" significa reprochabilidad del hecho respecto de la actitud jurídicamente reprobable, la cual subyace[30] a la decisión tomada por el autor en el **momento del hecho** a favor del injusto y contra el derecho. Puesto que, con ello, el momento de la valoración es únicamente el hecho concreto, en la culpabilidad jurídico-penal no se trata en ningún caso de la culpabilidad por la conducción de la vida o por el carácter[31], en la forma del reproche de una actitud general reprobable, sino únicamente de una **culpabilidad concreta por el hecho individual**[32]. Por consiguiente, la actitud general hostil o favorable al derecho que haya caracterizado la vida previa del autor no puede tener relevancia alguna para esta valoración. Para la fundamentación del reproche de la culpabilidad[33] solo se puede recurrir al comportamiento previo referido de forma inmediata al hecho. No obstante, según el § 46.II la vida previa del autor —así como su conducta posterior— puede ser tenida en cuenta para la determinación de la pena[34].

618 Así como el contenido del injusto del hecho depende de su desvalor de acción y de resultado, el contenido de culpabilidad será determinado mediante el desvalor de la actitud, referido a la concreta realización del tipo. De ello también parte la ley cuando, en el § 46.II, resalta "la actitud, que se expresa del hecho", como circunstancia particular relevante de la determinación de la pena fundada en la culpabilidad. Lo que se reprocha al autor —vale la pena resaltar esto una vez más— no es, en tal sentido, su actitud como tal, sino siempre el delito caracterizado por ella. La ausencia —en mayor o menor medida— de una actitud favorable al derecho es solo la razón por la cual se reprocha al autor lo que ha hecho de acuerdo con la medida de su culpabilidad.

619 A pesar de una realización dolosa del tipo, puede faltar un desvalor de la actitud interna cuando, como consecuencia de defectos psico-anímicos o por una presión motivacional extraordinaria, está ausente la capacidad de seguir un mandato del derecho. Solo es posible un comportamiento "culpable" en

30 *Gallas*, ZStW 67 [1955], 1, 45; *Jescheck/Weigend*, AT, § 39 II 1; cfr. también *Greco*, GA 2009, 636.

31 En contra, véase también *Ebert*, Kühl-FS, p. 137.

32 S/S-*Eisele*, Vor § 13 n. m. 105f.; *B. Heinrich*, AT, n. m. 528; *Krey/Esser*, AT, n. m. 265; exhaustivamente, *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, n. m. 29 y ss.

33 Más detalladamente, *Streng*, Beulke-FS, p. 320, 325.

34 Con más detalle, S/S/W-StGB-*Eschelbach*, § 46 n. m. 107 y ss.; *Schäfer/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 5. ed. 2012, n. m. 646 y ss.; S/S-*Stree/Kinzig*, § 46 n. m. 29 y ss.; respecto a un comportamiento ulterior al hecho, v. solo *Torka, R.*, Nachtatverhalten und Nemo tenetur, 2000.

el marco del poder concreto-individual, es decir, se requiere la evitabilidad subjetiva de la infracción del deber jurídico. Solo es reprochable aquello que el autor puede hacer voluntariamente y no lo que se hace de modo naturalístico[35].

6. Medida del reproche de la culpabilidad

620 El contenido relevante del reproche culpable es la decisión del autor contra las representaciones valorativas ético-sociales del ordenamiento jurídico. Por medio de la infracción del derecho establecido —positivo—, en el sentido del art. 20.III.GG, carga consigo "culpabilidad jurídica". Un hecho que únicamente infringe la representación moral o ética de la sociedad ("**culpabilidad ética**") no fundamenta con ello ningún reproche de culpabilidad en un sentido jurídico-penal. Si bien las normas jurídicas y las normas de la eticidad coinciden ampliamente, sin embargo, las primeras también resultan jurídicamente vinculantes aun cuando el individuo no las reconoce como éticamente obligatorias. El juez penal, que recibe del pueblo su poder de decir el derecho (art. 20.II.GG), como representante de una sociedad plural, tiene que determinar la culpabilidad del autor de acuerdo con criterios jurídicos y no decidir si y en qué medida también podría ser fundamentado un reproche de culpabilidad ético-moral[36]. Por consiguiente, en el pronunciamiento de la pena criminal no tiene que verse otra cosa que la desaprobación del comportamiento culpable declarada en nombre de la comunidad jurídica en la forma de un "reproche" jurídico.

II. La imputabilidad

1. Inimputabilidad

621 Un comportamiento culpable requiere, como elemento positivo de la culpabilidad, que el autor sea imputable en el momento de la comisión del hecho. En el caso de un autor adulto, se presume la existencia de la imputabilidad,

35 *Welzel*, Lb p. 139; distinto *Herzberg*, Willensunfreiheit und Schuldvorwurf, 2010, p. 45 y ss.; *el mismo*, Achenbach-FS, p. 157, 184 y ss.

36 Respecto a la cuestión acerca de representaciones valorativas divergentes de una minoría cultural, véase por todos: *Greco*, ZIS 14, 309; *Krais*, Blutrache und Strafrecht: Einfluss des Blutrachemotivs auf Unrecht, Schuld und Strafzumessung, 2009; *Renzikowski*, NJW 14, 2539.

en tanto no existan indicios para lo contrario[37]. Esto surge e contrario de las regulaciones de los §§ 19, 20, 21, en las cuales están normadas de modo jurídicamente-positivo la inimputabilidad y la imputabilidad disminuida. De acuerdo con ello, son inimputables los niños hasta los 14 años cumplidos (§ 19), así como personas que, debido a las razones mencionadas en el § 20, son incapaces de comprender el injusto del hecho o de actuar según esa comprensión (ausencia de la capacidad de comprensión o de conducción).

En general, los inimputables no son punibles. Sin embargo, es posible su internamiento en una institución psiquiátrica o para toxicómanos (§§ 63, 64 StGB, § 7 JGG). Si el autor imputable se coloca imprudente o dolosamente en un estado ebriedad y comete un hecho antijurídico en una situación de inimputabilidad (al menos, no descartable), entonces, a pesar de ello, es posible una sanción según el § 323a (embriaguez absoluta) y los principios de la actio libera in causa (v. n. m. 633 y ss.)[38].

622 Según el principio de coincidencia, en cuanto a un delito, tienen que existir en el momento del hecho, al mismo tiempo, acción, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad (cfr. n. m. 309 y ss.). Así como en el nivel del dolo no es suficiente ni un dolus antecedens ni un dolus subsequens (v. n. m. 310 y s.), la capacidad de culpabilidad tiene que existir en el momento de la comisión del hecho, es decir, en el momento en el cual el autor ha actuado o, en casos de omisión, en el momento en el cual habría tenido que actuar (v. § 8 orac. 1). En caso de que exista una circunstancia que lleve a la exclusión de la imputabilidad, esta tiene que existir de manera continuada durante toda la comisión del hecho[39].

623 En cambio, si el autor actúa culpablemente tras el ingreso al estadio de la tentativa y el estado de inimputabilidad solo se produce luego de ello (inimputabilidad sucesiva)[40], entonces, el autor sigue siendo punible por un hecho consumado si el curso del hecho, en lo esencial, se corresponde a la representación que el autor ya se había hecho en el estado de imputabilidad (desviación no esencial del curso causal representado, v. n. m. 374).

Ejemplo (caso *Blutrausch*[41]): La mujer A quería vengarse de K. Para ello, la golpea varias veces en la cabeza con un martillo, actuando con un dolo de lesionar. Temiendo ser denun-

37 RGSt 21, 131; crít. *Schroth*, Roxin II-FS, p. 705, 719 y ss.

38 BGH StV 15, 214; *Fischer*, § 20 n. m. 68.

39 BGH NJW 16, 728, 729; v. también BGH NStZ-RR 15, 275, 276.

40 S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 98.

41 Según BGHSt 7, 325; v. también BGH NStZ 03, 535; cfr. al respecto también *Jerouschek/Kölbel*, JuS 01, 416, 417 y ss. y *Streng*, FS-Beulke, p. 313, 316 y ss.

ciada por K, quien ya se encuentra gravemente herida, A decide matarla. Por consiguiente, la vuelve a golpear con el martillo en la cabeza y la cara. Pero, luego de esto, cae presa de un delirio homicida, en medio del cual, y sin ser consciente de sus actos posteriores, toma un hacha de minero que se hallaba casualmente ahí y golpea con ella la cabeza y el rostro de K. Sin embargo, ya cinco de los treinta golpes (infligidos en total con el martillo y el hacha) lesionaron tan gravemente a K que esta murió pronto como consecuencia de esas lesiones. La inimputabilidad que se originó durante el hecho como consecuencia del delirio homicida no se opone a una sanción de A por un homicidio consumado. En todo caso, la decisión al hecho de homicidio contra K que ha sido tomada antes del estado de inimputabilidad no difiere de modo esencial del comportamiento que A cometió en estado de inimputabilidad.

De acuerdo con el § 20, la descripción de la inimputabilidad combina factores psíquico-biológicos y aspectos psicológicos-normativos. Correspondientemente, la comprobación de la imputabilidad se lleva a cabo en dos ámbitos ("niveles"): 624

a) Nivel psicológico-biológico: En principio, tiene que comprobarse si existe, como un denominado elemento biológico, una perturbación mental (por ejemplo, embriaguez absoluta ocasionada por el alcohol [discutido], estados condicionados por el cerebro, psicosis endógenas, esquizofrenia, ciclotimia), una perturbación grave de la conciencia (por ejemplo, agotamiento, cansancio, pasión intensa), demencia u otra desviación mental (por ejemplo, una perturbación de la personalidad o trastorno de la conducta especialmente grave, un trastorno pasional, que tiene una gravedad equivalente a las perturbaciones mentales). Considerando el efecto estigmatizante del texto legal —no acorde con estos tiempos— debe señalarse que una adaptación a la terminología de las ciencias naturales se encuentra bastante retrasada[42]. 625

b) Nivel psicológico-normativo: Luego, en caso de un diagnóstico positivo, tiene que constatarse si, como consecuencia de esa circunstancia biológica, el autor era incapaz de comprender el injusto del hecho —ausencia de capacidad de comprensión) o de actuar según esa comprensión (ausencia de capacidad de conducción)[43]. 626

42 Así, también la exigencia de *Kaspar*, AT, n. m. 422; desde una perspectiva forense *Nedopil*, FPPK 15, 171 y ss. Respecto a la imputabilidad del suicida, v. S/S-*Eser/Sternberg-Lieben*, Vor § 211 n. m. 34; *Fahl*, JA 16, 401, 405 s.; *Witteck*, JA 09, 292 (298).

43 Cfr. BGH NStZ 13, 53 y 519; NStZ-RR 15, 137; NStZ-RR 15, 273; un breve resumen en *Keiser*, Jura 01, 376; con más profundidad, *Boetticher/Nedopil/Bosinski/Saß*, NStZ 05, 57; S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 1; *Nedopil/Müller*, Forensische Psychiatrie, 4. ed. 2012; S/S-*Perron/Weißer*, § 20 n. m. 1 y ss.; *Rasch/Konrad*, Forensische Psychiatrie, 4. ed. 2013, p. 224 y ss.; Matt/Renzikowski-*Safferling*, § 20 n. m. 12 ss.; *Schreiber/Rosenau*, en Venzlaff/Foerster, p. 90 y ss.; MK-*Streng*, § 20 n. m. 68 y ss.

627 **c) Intoxicación alcohólica:** En el ámbito de la inimputabilidad, la intoxicación alcohólica[44] es de una relevancia especial para la práctica (y el examen universitario). La característica determinante para el tratamiento de la intoxicación alcohólica es la perturbación mental patológica, una descripción para todas las anomalías psíquicas que ya no se encuentran en el ámbito de un contexto comprensible de la experiencia y que están condicionadas somático-patológicamente[45].

628 Con base en los conocimientos de la psiquiatría forense, en los últimos años el BGH ha ido relativizando cada vez más el uso general de valores límites para la determinación de la imputabilidad. Aun cuando las salas individuales del BGH atribuyen diferentes baremos para el significado de la concentración de alcohol en la sangre[46], por lo menos, según la situación actual de la jurisprudencia, hay conformidad en que no existe ninguna regla jurídica o de la experiencia de acuerdo con la cual la imputabilidad quede ya regularmente excluida[47] desde un determinado momento del hecho, cometido con determinada concentración de alcohol en la sangre. Sin embargo, los valores de concentración de alcohol en la sangre constituyen indicios probatorios de peso. A ellos les corresponde un **efecto indiciario relevante** en el marco de una consideración general, en la que han de valorarse todas aquellas circunstancias objetivas y subjetivas del hecho, las cuales también se refieren al aspecto y al comportamiento del autor, antes, durante y después del hecho, como, por ejemplo, la habituación al alcohol y el estado corporal y mental del autor, así como la clase de delito[48]. Esas denominadas señales para el psicodiagnóstico pueden brindar información sobre si la capacidad de comprensión y de inhibición estaban[49] disponibles, a pesar de la notable influencia alcohólica.

629 Tanto menos a disposición se encuentren indicios probatorios relevantes para el psicodiagnóstico, menor será la relevancia que le corresponda al grado de concentración alcohólica[50]. Los valores de concentración alcohólica en la

44 Exhaustivamente, sobre todo, v. *Satzger*, *Jura* 13, 345, 347 y ss.

45 *Fischer*, § 20 n. m. 8; S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 28 y ss., con notas adicionales.

46 Exhaustivamente al respecto NK-*Schild*, § 20, n. m. 71 y ss.

47 BGH NStZ-RR 03, 71; NStZ-RR 04, 204; NStZ 05, 329.

48 BGH NStZ 05, 329; NStZ-RR 13, 272; NStZ-RR 15, 367, 368; NStZ-RR 16, 103; *Maatz/Wahl*, BGH-Prax-FS, p. 531; crít. *Fahl*, Jahrbuch Verkehrsrecht 1999, p. 197.

49 V., al respecto, un panorama completo de la jurisprudencia del BGH en *Theune*, NStZ-RR 03, 193, 194 y ss. y *Pfister*, NStZ-RR 12, 161, 162 y ss.; S/S-*Perron*, § 20 n. m. 16c y ss.

50 BGH NJW 12, 2672 con obs. a favor *Satzger*, JK 4/13, StGB § 21/3 y *el mismo*, JK 4/14, StGB § 21/4.

sangre desde 3.0 ‰ llevan por lo regular a la determinación del § 20. Si bien, en caso de autores no habituados al alcohol, tiene que partirse, por lo general, de una inimputabilidad, sin embargo, la imputabilidad puede, aunque también limitadamente, hallarse presente o, no obstante, estar ya excluida con un valor más escaso[51]. Especialmente en caso de autores habituados al alcohol, el valor de la concentración del alcohol en la sangre tiene una relevancia indiciaria más baja que respecto a los bebedores ocasionales[52]; lo mismo vale en caso de ausencia de señales de incapacidad[53]. Mientras mayor es el injusto del hecho, más altas serán las exigencias para la constatación de la capacidad de comprensión a imponer, por lo cual la jurisprudencia aplica exigencias probatorias más altas para la imputabilidad en los delitos de homicidio, de modo que, por lo regular, recién una concentración alcohólica de 3.3 ‰ fundamenta[54] un indicio para una inimputabilidad.

Cuando dependa de la **intensidad de la presencia de alcohol en la sangre**, tendrá que considerarse que el valor correspondiente habrá variado hasta el momento de la toma de la prueba de sangre (en caso de que se hubiera llevado a cabo), ya sea porque se haya incrementado a causa de la progresiva reabsorción o porque, como consecuencia de la descomposición del alcohol, el valor se haya reducido. En estos casos, el juzgador tiene que reevaluar retrospectivamente desde el valor de la extracción hasta el valor del momento del hecho. Si esa **reevaluación retrospectiva** cae en la **fase de disminución** y no se puede determinar el valor de disminución individual, entonces, en caso de duda, habrá que fundamentar los valores a favor del acusado, que resultan más ventajosos para él en la valoración de su responsabilidad jurídico-penal. Cuando se dude de la imputabilidad, resultará más favorables el grado de alcoholización más alto posible en el momento del hecho. En cambio, si se trata, por ejemplo, de la concentración de alcohol en la sangre (fundamentadora de la pena) en la conducción en estado de ebriedad (§ 316), lo mejor será el grado más bajo posible de alcoholización. El grado más bajo posible del valor de disminución es asumido por la jurisprudencia en un 0.1 ‰ por hora. El valor de disminución más alto posible y, por consiguiente, tasable en la determinación de la (in)imputabilidad asciende al 0.2 ‰ por hora, a lo que se adiciona un descuento único de 0.2 ‰. En caso de un periodo más amplio de reevaluación retrospectiva, el valor más alto calculado tiene que juntarse[55] con los otros indicios que pueden dar información sobre la imputabilidad en una **valoración global**.

51 Cfr. BayObLG NJW 74, 1432; OLG Düsseldorf NJW 66, 1175.

52 BGH NStZ 97, 591; NStZ-RR 99, 359.

53 BGH NStZ 15, 634; NStZ 16, 634.

54 BGHSt 37, 235; BGH NStZ-RR 00, 265; LK-*Schöch*, § 20, n. m. 100; respecto a la teoría del umbral psicológico del BGH, v. n. m. 335 s.

55 Con más detalle BGHSt 37, 231; BGH NStZ 98, 457; NStZ 02, 532; *Burmann* y otros, Straßenverkehrsrecht, 23. ed. 2014, § 316 StGB n. m. 14 y ss.; *Freyschmidt/Krumm*, Verteidigung in Straßenverkehrssachen, 10ª ed. 2013, n. m. 196 y ss.; *Hentschel/König/Dauer*,

629a En el **caso n.° 13a**, W estaba completamente ebrio cuando le ofreció a tomar la caipiriña mezclada con el veneno a E. La toma de sangre que se realizó indicó que tenía una concentración alcohólica en la sangre de 3.5 ‰ en el momento del hecho. El indicio a favor de una inimputabilidad se confirma si se considera que, cuando W estaba de pie, se balanceaba y, además, no estaba habituado al alcohol. En ese sentido, tras una necesaria valoración global de todas las circunstancias concomitantes, tiene que partirse de una inimputabilidad de acuerdo con el § 20. Sin embargo, W —puesto que se ha colocado dolosamente en ese estado de ebriedad por medio de bebidas alcohólicas— se hace punible por intoxicación alcohólica del § 323a. Es decir, una punibilidad respecto al § 323a depende del estado imputable al momento de embriagarse.

630 **d) Consumo de drogas:** En relación con la cuestión respecto a la imputabilidad luego del consumo de drogas, tiene que distinguirse necesariamente lo siguiente.

Una **mera adicción a las drogas** puede clasificarse como "otra desviación mental", siempre que, debido a la dependencia física, ella no tenga que contarse dentro de las "perturbaciones mentales patológicas". Sin embargo, aquella no influenciará la capacidad de conducción como tal[56]. Si existe un cambio notable de la personalidad, provocado por un **abuso de narcóticos** prolongado durante años, ello puede excluir[57] la imputabilidad como "perturbación mental patológica".

Además de ello, las drogas pueden llevar a la inimputabilidad cuando el autor sufre de un grave **síndrome de abstinencia** y, ya sea por causa de este o por el miedo a él, el autor se ve impulsado a procurarse droga mediante un delito[58]. En casos de un **estado de drogadicción agudo**, la determinación de la imputabilidad resulta extraordinariamente complicada, puesto que, a diferencia del grado de concentración alcohólica en la sangre, en el consumo de drogas no existen valores científicamente validados que sean de antemano confiables y que puedan servir como indicio para la inimputabilidad. Para la determinación de la inimputabilidad se requiere de determinadas circunstan-

Straßenverkehrsrecht, 42. ed. 2013, § 316 StGB n. m. 88 y ss.; LK-*König*, § 316 n. m. 17 y ss.; *Satzger*, Jura 13, 345; LK-*Schöch*, § 20 n. m. 109.

56 S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 47.

57 Respecto al § 21 v. BGH StV 88, 198; aplicando esto al § 20 S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 47.

58 BGH NStZ 13, 53 y 519; *Franke/Wienroeder*, Betäubungsmittelgesetz, 3. ed. 2008, Vor §§ 29 y ss. n. m. 17.

cias que permitan conclusiones fiables sobre una intoxicación aguda[59]. Aquí tiene que considerarse que no toda droga tiene los mismos efectos para esa intoxicación. Es decir, la comprobación depende de los indicios específicos de cada sustancia[60].

2. Imputabilidad disminuida

Tienen una imputabilidad disminuida aquellas personas cuya capacidad de comprensión o de conducción se halla notablemente reducida al momento de la comisión del hecho por las razones mencionadas (§ 21). El § 21 está, al igual que el § 20, caracterizado por una doble estructura[61]. Puesto que el § 21 repercute solo en el ámbito de la determinación jurídica de la pena, en la valoración metódica del hecho no se exigirá regularmente para ello de un tratamiento más profundo[62]. La imputabilidad reducida constituye una razón facultativa de atenuación de la pena. **631**

De forma paralela a la problemática referida al § 20 (v. n. m. 628 s.), tampoco existe en el § 21 ninguna regla de la experiencia segura, en caso de una concentración alcohólica en la sangre que sea del 2 ‰ —en delitos de homicidio, 2.2 ‰[63]—, de la que se pueda partir previamente, por lo menos, de una capacidad disminuida de conducción; más bien, aquí también depende de la valoración global de todos los aspectos externos e internos[64]. Si bien la concentración de alcohol en la sangre puede seguir siendo un indicio probatorio en el marco de la valoración global, le corresponderá una menor relevancia mientras mayor sea la cantidad de otros indicios probatorios significativos referidos a un diagnóstico psíquico, que se encuentren a disposición[65].

Respecto al **consumo de drogas**, vale lo señalado en relación con el § 20, con la limitación de que aquí, sin embargo, solo se exige una capacidad reducida de comprensión o conducción (v. n. m. 630).

59 Cfr. solo BGH NStZ 01, 83.

60 *Fischer*, § 20 n. m. 26a, v. también BGH StV 13, 693 con obs. a favor *Satzger*, JK 4/14, StGB § 21/4.

61 S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 21 n. m. 4.

62 *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 366; *Kaspar*, AT, n. m. 426.

63 Jurisprudencia constante, v. solo BGH NStZ 15, 634.

64 BGHSt 43, 66, 75; BGH NStZ 12, 262; NStZ-RR 15, 8.

65 BGHSt 57, 247 con obs. Fahl, JZ 13, 314; *Kudlich*, JA 12, 871 y *Schiemann*, NJW 12, 2675; respecto a la embriaguez causada de modo culpable, v. BGH NStZ 16, 203.

3. Imputabilidad relativa

632 Son **imputables relativos** los adolescentes que al momento del hecho tienen 14 o más años, pero que aún no han cumplido los 18 años (§ 3 JGG). De acuerdo con ello, el adolescente respectivo solo es penalmente responsable cuando al momento del hecho y, según su desarrollo ético y mental, es lo suficientemente maduro para comprender el injusto del hecho y de actuar según esa comprensión. Esto siempre tiene que verificarse cuidadosamente y establecerse positivamente en la sentencia[66]. Al igual que en el § 20, en el § 3 JGG se lleva a cabo una vinculación, por un lado, a la capacidad de comprensión y, por otro, a la capacidad de actuar.

4. Causación reprochable de la inimputabilidad: la *actio libera in causa*

633 En el **caso n.° 13a**, en el momento en el que W entregó el veneno mezclado a E, aquel era inimputable. Por consiguiente, en general, no es posible una sanción por el § 226 I Nr 3, II. Sin embargo, para constelaciones de ese tipo, en las cuales el autor ha cometido un hecho antijurídico en medio de un estado de intoxicación causado dolosa o imprudentemente, la ley prevé una sanción con base en el § 323a I por "embriaguez total". En vista de la limitación de la pena máxima a cinco años de pena privativa de libertad, en casos como estos, en los cuales el autor se coloca dolosamente en un estado de inimputabilidad para eludir una sanción por el § 226 I Nr 3, II (pena privativa de libertad no menor de tres años, pero hasta un máximo de 15 años de pena privativa de libertad, cfr. § 38 II), de acuerdo con la opinión dominante, existe una necesidad de corrección.

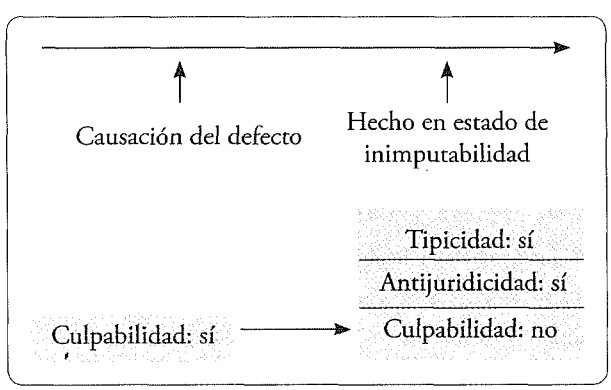
633a Pese a la inimputabilidad del autor en el momento de la realización del tipo, una opinión ampliamente extendida considera posible una sanción de acuerdo con los principios de la ***actio libera in causa*** (*alic*: lat. para una acción libre en su causa). Esta debe entrar en consideración cuando se trata de un defecto por el cual el agente mismo es responsable (embriaguez total, intoxicación por drogas, etc.) y ha puesto en marcha, dolosa o imprudentemente, aún en estado de responsabilidad jurídico-penal, la serie causal referida a un determinado delito, cuya ejecución recién empieza tras la pérdida de su imputabilidad. Respecto a la **fundamentación dogmática** de la *alic*, existen en

66 Así, ya RGSt 58, 128; v., al respecto, de modo exhaustivo *Schaffstein/Beulke/Swoboda*, Jugendstrafrecht, 15. ed. 2014, § 7.

lo esencial dos propuestas de solución: el modelo de la excepción y el modelo del tipo.

a) El modelo de la excepción: Según este modelo[67], únicamente **se traslada** el **reproche de culpabilidad** a un comportamiento con el cual el autor —aún imputable— se coloca en un estado defectuoso (denominada *actio praecedens*) y luego —en el estado causado de inimputabilidad (temporal)— lleva a cabo la acción real (denominada *actio subsequens*). En ese sentido, el injusto y el reproche de culpabilidad quedan temporalmente separados y son —como se ve en el gráfico posterior— "integrados" contra el principio de coincidencia del § 20 StGB; de esa forma, se le reprocha al autor la lesión del bien jurídico, dejando de lado su estado de intoxicación en el momento de la acción. **634**

La admisión de ese proceder se fundamenta haciendo referencia a que sería un abuso del derecho permitirle al autor invocar su inimputabilidad en el momento de la *actio subsequens*, puesto que justamente, con miras a la lesión del bien jurídico, él se habría privado de su capacidad de conducción. La *alic* sería reconocida por el derecho consuetudinario y por la jurisprudencia; también el legislador la habría conocido al formular el § 20 en su versión actual. Por consiguiente, el § 20 tendría que entenderse en el sentido de que, bajo las condiciones allí mencionadas, el autor "actúa" sin culpa, siempre que el hecho no le fuera reprochable según las reglas de la *alic*.



67 Al respecto, *Hruschka*, Gössel-FS, p. 145; *Jerouschek*, Hirsch-FS, p. 241; *Jescheck/Weigend*, AT, § 40 VI 1; *Krey/Esser*, AT, n. m. 710; *Kühl*, AT, § 11 n. m. 6 y ss.; *Otto*, Grundkurs AT, § 13 n. m. 15 y ss.; S/S-*Perron/Weißer*, § 20 n. m. 35a s.; LK-*Schöch*, § 20 n. m. 194 y ss.; afín a ello también la edición anterior n. m. 634.

634a En ese sentido, en el **caso n.° 13a**, W se habría hecho punible, según el § 226 I Nr 3, II, al darle veneno a E. Que en ese momento él haya sido inimputable es irrelevante según el modelo de la excepción, pues el reproche de la culpabilidad se orienta al momento en el que W se colocó en el estado de embriaguez; sin embargo, el hecho de embriagarse tuvo lugar en un estado de imputabilidad.

634b Si bien cabe conceder a esta opinión que los casos de la *alic*, por lo regular, contienen un elemento del abuso del derecho y que, en ese sentido, el modelo de la excepción podría ofrecer una solución percibida como "justa", sin embargo, los obstáculos dogmáticos son —al menos *de lege lata*[68]— difícilmente superables. El texto actual del § 20 exige una coincidencia entre culpabilidad e injusto y no permite una anticipación del reproche de la culpabilidad de acuerdo con el modelo de la excepción. El recurso al derecho consuetudinario, más allá del texto del § 20, contradice el principio de legalidad. Sin embargo, este excluye categóricamente la fundamentación de la pena mediante el derecho consuetudinario. A la vigencia del art. 103.II.GG tampoco se le puede oponer que el § 20 representa un precepto de la parte general (al respecto, n. m. 74); en todo caso, en los preceptos de la parte general se puede justificar un grado de abstracción más alto (y, por consiguiente, una menor determinación), sin embargo, no puede reconocerse[69] una excepción a la prohibición de un derecho consuetudinario fundamentador y agravador de la pena. Por eso, de acuerdo con una opinión acertada, el **modelo de la excepción contraviene el art. 103.II.GG**[70].

635 **b) Los modelos del tipo:** De un modo distinto se presenta la solución de acuerdo con los modelos del tipo. Según estos, la figura jurídica de la *alic* no constituye una excepción del principio de coincidencia anclado en el § 20. Más bien, ya la causación del **estado defectuoso** —es decir, la *actio praecedens*— sería parte de la **"comisión" del hecho en el sentido del § 20**, la cual, entonces, abarcaría el suceso global desde la causación del defecto hasta la realización del hecho en un estado inimputable.

68 Domina un amplio consenso respecto a que una regulación legal de la *alic* sería deseable por razones de claridad, v. solo *Streng*, JZ 00, 20 (26); ed. anterior. n. m. 416.

69 Así, también *Jakobs*, AT, 94/9; LK-*Dannecker*, § 1 n. m. 82 y ss.; *el mismo*, Otto-FS, p. 30 y ss.; MK-*Schmitz*, § 1 n. m. 1; *Murmann*, Grundkurs, § 26 n. m. 29; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 10.

70 Así, la opinión que en la actualidad es completamente dominante, v. BGHSt 42, 235, 241; S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 102; *Satzger*, Jura 06, 513, 515; *Swoboda*, Jura 07, 224, 227; *B. Heinrich*, AT, n. m. 606; *el mismo/Wissmann*, Ad Legendum 16, 146, 150; *Rönnau*, JA 97, 707.

Dentro de este enfoque, existen diversas vías de argumentación, sin embargo, a diferencia del modelo de la excepción, siempre hay que respetar el principio de coincidencia del § 20:

— Según una opinión, la *actio praecedens* pertenece ya típicamente a la "comisión del hecho" en el sentido del § 20. De acuerdo con esto, el embriagarse ya constituye el primer eslabón de la cadena causal que lleva a la realización del tipo. Por consiguiente, el tipo de injusto y el reproche de culpabilidad ya se vinculan de la misma manera en la causación del estado defectuoso (denominada **teoría de la anticipación**)[71]. **635a**

En el caso de un delito de resultado, como el homicidio, esto significa, consecuentemente, que mediante el embriagarse el autor mata a una persona. A primera vista esto es "equívoco", sin embargo, visto más de cerca, no es distinto que, en los delitos imprudentes, en los cuales el autor puede matar una persona mediante una infracción del deber de cuidado que, dado el caso, puede acaecer mucho antes (por ejemplo, el planeamiento defectuoso en la construcción de un terminal si, a causa de ello, el terminal se derrumba y sepulta a una persona). Solo es importante que exista el nexo de imputación (v. al respecto, también n. m. 642).

— De modo similar argumentan aquellos que parten de que el comportamiento directamente descrito en los tipos no solo comprendería el contenido material total del injusto, sino también cada hacer u omitir previos —como aquí, la *actio praecedens*— que lesione la exigencia de cuidado del bien jurídico protegido (denominada **teoría del injusto**)[72]. **635b**

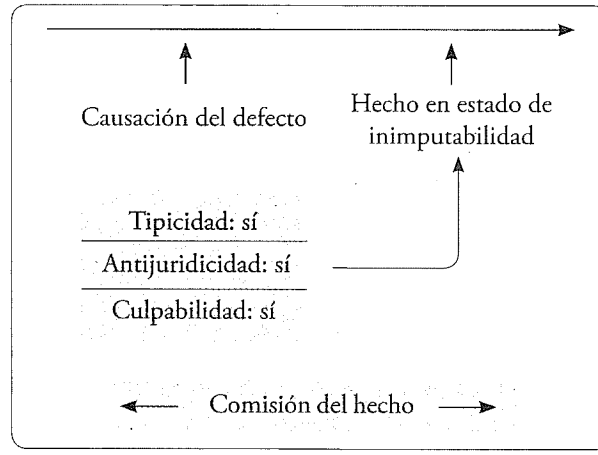
— De acuerdo con otra opinión, se defiende que, si bien la *actio praecedens* no sería ya parte del "tipo del injusto" del hecho de la embriaguez, sin embargo, ella tendría —porque ya en un estadio previo el autor habría creado, de modo contrario al deber, el riesgo de la ejecución ulterior del hecho— que ser incluida en el "tipo de la culpabilidad", el cual abarcaría el concepto de la "comisión del hecho" en el sentido del § 20. Por consiguiente, la "comisión del hecho" también incluiría el comportamiento relevante para la culpabilidad (denominado **modelo de la extensión**)[73]. **635c**

71 BGHSt 17, 259; 17, 333; BGH NStZ 97, 230; *Hoyer*, GA 2008, 711; al respecto, también *Artkämper* y otros, parte 6, n. m. 21; *Fischer*, § 20 n. m. 52; *Freund*, GA 2014, 137.

72 *Schmidhäuser*, Die actio libera in causa: ein symptomatisches Problem der deutschen Strafrechtswissenschaft, 1992, p. 27 y ss.; similar *Freund*, GA 2014, 137.

73 Matt/Renzikowski-*Safferling*, § 20 n. m. 79; MK-*Streng*, § 20 n. m. 128; *el mismo*, JZ 00, 20; *el mismo*, JuS 01, 540; similar *Frister*, AT, 18. Cap., n. m. 18; *Herzberg*, Spendel-FS, p. 203, 207.

635d — Finalmente, es útil la referencia —a la que se recurre en parte solo de modo complementario— al paralelismo entre la *alic* y la autoría mediata. La *alic* sería algo así como un caso especial de la autoría mediata. Al cometer el hecho en un estado de inimputabilidad causado por sí mismo, el autor se utilizaría a sí mismo como un instrumento actuante sin culpabilidad para ejecutar el hecho[74]. Aun cuando, en un sentido estricto, no se trata aquí de una autoría mediata —el § 25 I Alt. 2 exige la comisión del hecho mediante "otro"—, puede recurrirse[75] al fundamento jurídico que se encuentra tras esta forma de autoría para la aclaración de problemas dogmáticos de la *alic* (sobre todo en cuanto al inicio de la tentativa, error, aplicación respecto de los denominados delitos vinculados a una conducta).



636 En ese sentido, en el **caso n.° 13a**, W se habría hecho punible por el § 226 I Nr 3, II, al haberse embriagado —con el dolo de envenenar a E en un estado de embriaguez—. A diferencia del modelo de la excepción, los modelos del tipo se orientan a una acción en la que W aún era imputable. Al orientarse a "el embriagarse" tanto respecto al tipo de injusto como también respecto a la reprochabilidad individual (con distintas fundamentaciones), los modelos del tipo respetan el principio de coincidencia del § 20.

74 *Dold*, GA 2008, 427; *Hirsch*, Geppert-FS, p. 233; *Jakobs*, AT, 17/64; *Puppe*, AT, § 16 n. m. 8; *Rengier*, AT, § 25 n. m. 15; *Roxin*, AT I, § 20 n. m. 58 y ss.; *Satzger*, Jura 06, 513, 515 s.; *Schild*, Triffterer-FS, p. 206; *Schünemann*, Lampe-FS, p. 537, 554 y ss.; crít. *Mitsch*, Küper-FS, p. 347; S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 103; NK-*Paeffgen*, Vor § 323a n. m. 7; *el mismo*, ZStW 97 [1985], 513, 518 s.

75 Debido al mero recurso a la idea jurídica no existe por eso una infracción de la prohibición de analogía; v., al respecto, de modo convincente *Jäger*, AT, n. m. 177.

La **ventaja de la solución del tipo** no solo es que ella (a diferencia del modelo de la excepción) es compatible con el principio de coincidencia contenido en el § 20, sino también que ella —especialmente en el caso de delitos graves— no está limitada al marco punitivo insuficiente del § 323a I. Las dificultades discutidas en el marco de los modelos del tipo afectan sobre todo el inicio de la punibilidad de la tentativa y el abordaje de un error sobre la persona en el estado de inimputabilidad. En especial, aquí parece útil el recurso al fundamento jurídico de la autoría mediata para fundamentar en cada caso una solución consistente (v. *infra* n. m. 641 y 640). Sin embargo, este paralelo también muestra los **límites de la solución del tipo**: donde una autoría mediata no es posible tampoco tiene lugar un recurso a la *alic*. Esto afecta a los delitos de propia mano como también a los denominados delitos vinculados a una conducta. A diferencia de los meros delitos de resultado, aquí no basta con que el resultado exigido típicamente —cualquiera que sea— haya sido causado de un modo imputable. Estos tipos también imponen exigencias al comportamiento típico (delitos vinculados a un comportamiento, por ejemplo, § 315c: colocarse en estado de embriaguez no puede valorarse como "conducir un automóvil") o a quienes actúan en la situación fáctica (delitos de propia mano, por ejemplo § 153: calidad de testigo ante el tribunal, esta falta aun si el autor se coloca en el estado de embriaguez). **637**

Esta limitación del ámbito de aplicación de la *alic* es defendida por una gran parte de la literatura[76], la jurisprudencia del BGH cercana a la solución del tipo sigue hasta ahora ello, en todo caso, en el ámbito de los delitos relacionados con el tráfico viario.

En BGHSt 42, 235, la 4.ª Sala Penal ha defendido la opinión de que los principios de la *alic* no serían aplicables a una puesta en peligro del tráfico viario, en el sentido del §§ 315c, 316, ni a la conducción sin permiso (§ 21 StVG). Estos tipos no podrían ser comprendidos como la causación de un resultado separable de la acción. "Conducir" un automóvil no tendría el mismo significado que la causación de un movimiento; ello más bien empezaría recién con el suceso del movimiento de la conducción en sí misma. Sin embargo, la 3.ª Sala Penal[77] afirmó que también se sujetaría a la figura de la *alic* más allá de los delitos relacionados con el **637a**

76 *B. Heinrich/Wissmann*, Ad Legendum 16, 146. 149; *Rengier*, AT, § 25 n. m. 18 y ss.; *Roxin*, AT I, § 20 n. m. 61; SK-*Wolters*, § 323a n. m. 30; distinto, por ejemplo, *Freund*, GA 2014, 137; *Hirsch*, NStZ 97, 230; así, también la jurisprudencia BGHSt 42, 235.

77 BGH JR 97, 391.

tráfico viario, y también la 2.ª Sala aplica todavía la *alic*[78]. Solo queda esperar a ver cuál será el camino que tomará el BGH en el futuro[79].

638 **c) La teoría de la incompatibilidad:** Una opinión que ha ganado terreno aprovecha las dificultades constructivas de las opiniones presentadas para rechazar completamente la figura de la *alic*, por su incompatibilidad con el derecho vigente. En ese sentido, solo queda espacio para una punibilidad según el § 323a I[80].

Sin embargo, esta opinión no agota todas las posibilidades dogmáticas de *lex lata*. No obstante, a ella hay que concederle que sería deseable[81] una aclaración de la legislación, la cual podría realizarse sin dificultades con base en el modelo de otros ordenamientos.

En el **caso n.° 13a,** la teoría de la incompatibilidad solo llega a una sanción de W por ebriedad absoluta según el § 323a I. A diferencia del § 226, que prevé un marco penal de 3 hasta 15 años, el marco penal en este caso sería de pena privativa de libertad de hasta cinco años o multa.

▶ Caso de ejemplo con base en el modelo de la excepción en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 409.

639 **d) Exigencias para el dolo:** Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante, una sanción por la comisión dolosa del hecho bajo la consideración de una *alic* (dolosa) solo es posible en caso de que concurra un "**doble dolo**":

78 BGH NStZ 99, 448; 00, 584.

79 V., al respecto, *Deiters*, en Schneider/Frister (eds.), Alkohol und Schuldfähigkeit, 2002, p. 121; *Duttge*, p. 33; *Fahl*, JA 99, 842; *Hardtung*, NZV 97, 97; *Leupold*, Die Tathandlung der reinen Erfolgsdelikte und das Tatbestandsmodell der "actio libera in causa" im Lichte verfassungsrechtlicher Schranken, 2005; *Neumann*, StV 97, 23; *Rönnau*, JA 97, 599 y 707.

80 AnwK-StGB-*Conen*, § 20 n. m. 104; *Hettinger*, Die "actio libera in causa", 1988, p. 436 y ss.; *el mismo*, Schroeder-FS, p. 209; *Kaspar*, Jura 07, 69; S/S/W-StGB-*el mismo*, § 20 n. m. 104; *el mismo*, AT, n. m. 441 y ss.; *Kindhäuser*, AT, § 23 n. m. 20; *Neumann*, Zurechnung und "Vorverschulden", 1985, p. 52; NK-*Paeffgen*, Vor § 323a n. m. 29; *Sydow*, Die actio libera in causa nach dem Rechtsprechungswandel des BGH, 2002, p. 225; *Zenker*, Actio libera in causa, 2003, p. 121 y 198; *Zieschang*, AT, n. m. 339; para el delito omisivo, *Baier*, GA 1999, 272; respecto a todo *Kindhäuser*, LPK, § 20 n. m. 14; *Rönnau*, JuS 10, 300 y *Tofahrn*, AT I, n. m. 249 con indicaciones sobre la estructura; referido al caso *B. Heinrich/Wissmann*, Ad Legendum 16, 146; *Kleszewski/Hawickhorst*, JA 13, 589, 591; *Oğlakcuoğlu*, ZJS 13, 482, 489.

81 Cfr. también *Ambos*, NJW 97, 2296; *Paeffgen*, en *Egg/Geisler* (ed.), Alkohol, Strafrecht und Kriminalität, 2000, p. 49 y ss.; *Streng* allí mismo, p. 69, especialmente p. 93 y ss.; v., por ejemplo, la regulación en el art. 19 oración 4 del StGB suizo o el art. 31.I.b del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

solo cuando el autor ha causado dolosamente su estado defectuoso (por lo menos, con dolo eventual) y ya en este punto ha dirigido su dolo a la comisión de un **determinado delito** (por lo menos en cuanto a su clase), a cuya realización ha llegado en estado de inimputabilidad, existe la necesaria doble relación de culpabilidad, la cual establece la vinculación interna entre el *actio praecedens* y la posterior realización del tipo, irrenunciable para un derecho penal de la culpabilidad; cuando ella falta solo queda lugar para el § 323a I.

Quien solo se entrega al alcohol con la decisión preconcebida de cometer **algún hecho violento** en un completo estado de ebriedad no posee un dolo suficientemente determinado[82]. Si, de acuerdo con ello, se comete un robo o un delito sexual, solo queda lugar para el § 323a I. Pues en el caso de la *alic*, el dolo y el curso del suceso también tienen que cubrirse recíprocamente en sus rasgos esenciales. Cuando es este el caso se sigue de una comparación entre las representaciones del plan del autor y el suceso ulterior. El recurso a la *alic* requiere aquí que, aún en un estado de responsabilidad, el autor se represente la posterior ejecución de un hecho que reúna todos los elementos de un determinado tipo legal. Es decir, si el autor se propone, por ejemplo, en estado de imputabilidad violar "alguna" mujer, entonces, recurriendo a la *alic* puede ser sancionado de acuerdo con el § 177 II, si viola alguna mujer en estado de ebriedad[83] (para el caso especial del error sobre el objeto del hecho en estado de ebriedad, v. n. m. y 640 ss.). 639a

En caso de una **variación del dolo** tras la producción del estado defectuoso, entra en consideración el § 323a I; lo mismo vale en casos de otras desviaciones de tipo esencial entre el dolo original del hecho y la concreta configuración del hecho.

Ejemplo: El huésped G se siente atraído sexualmente a la camarera K. Incluso en caso de que ella no corresponda a sus sentimientos, G quisiera obligarla a tener relaciones sexuales mediante el uso de violencia, si esto fuera necesario. Pero, para eludir una eventual sanción, se coloca dolosamente en un estado de completa ebriedad. K reacciona de forma negativa frente a los avances de G tras el cierre del turno, por lo cual G pasa a la violencia sexual. Durante el ataque, la súplica de K a G de que no le haga nada, logró hacer cambiar de parecer a G. Este renunció a sus intenciones sexuales y solo le arrebató a K el bolso para apropiarse de sus ganancias del día. Aquí G se ha desistido con un efecto excluyente de pena de su tentativa de violación (§ 24 I 1 Alt. 1; cfr. n. m. 886 y ss.). El robo contra K se subsume en el § 323a I, puesto que G recién ha considerado el dolo de robo en un estado de inimputabilidad.

82 Cfr. BGH StV 93, 356.

83 BGHSt 21, 381, 382 s.

640 **e) Error sobre el objeto de la acción:** Se discute cómo un *error in persona vel obiecto* (v. n. m. 360) repercute en el ámbito de la *alic*. Es decir, se trata de situaciones en las que, si bien en la causación del estado defectuoso el dolo del autor está referido a un hecho determinado, sin embargo, no a la persona o al objeto que son al final lesionados en estado de ebriedad.

Ejemplo (variación de caso n.° 13a): Después de que W ha consumido la botella de licor y ha preparado la caipiriña mezclada con veneno, su hermana F llega de improviso a casa. W la confunde con E y le da a tomar el veneno mezclado, como consecuencia de lo cual F se desmaya automáticamente y sufre una parálisis permanente. En lo esencial, en la ejecución de la acción (aquí: consumo del veneno mezclado), el dolo de W se refiere a la causación de una parálisis en E. En ese sentido, una punibilidad por el § 226 I Nr 3, II contra F solo vendría en consideración si el error respecto a las personas fuera jurídicamente irrelevante.

640a La **jurisprudencia** considera —también en relación con la *alic*— que un error del autor respecto del objeto de la acción es, según las reglas generales (v. n. m. 360 y ss.) —es decir, en caso de una equivalencia típica—, **irrelevante**[84]. A diferencia del caso regular del error sobre el objeto de la acción, aquí el autor recién comete el error tras la pérdida de la imputabilidad. Por eso, una amplia parte de la literatura quiere afirmar aquí una *aberratio ictus*, puesto que el vínculo entre el plan del hecho y la configuración del hecho que contiene el reproche de la culpabilidad quedaría suprimido[85].

640b Aquí también puede ser útil la realización de **paralelos con la autoría mediata.** Sobre la base de la opinión dominante, de acuerdo con la cual un *error in persona* del ejecutor tiene en general los efectos de una *aberratio ictus* para el hombre de atrás (v. n. m. 792), resulta consecuente sancionar[86] siempre al autor solo por tentativa (respecto al objeto de la acción que se tiene originalmente en la mira) y —en tanto sea punible— por imprudencia (respecto del objeto realmente lesionado). Sin embargo, de acuerdo con la opinión que aquí se defiende, el error del ejecutor tiene siempre que tratarse como un *error in persona* irrelevante, si el hombre de atrás ha dejado al ejecutor la individualización de la víctima (v. n. m. 792). Consecuentemente, también en situaciones como estas de la *alic* habrá que afirmar un *error in persona*

84 BGHSt 21, 381, 384; v. también MK-*Streng*, § 20 n. m. 144.

85 Cfr. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 19 n. m. 51; S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 106; *Mitsch*, Jura 89, 485, 486; S/S-*Lenckner/Perron*, § 20 n. m. 37; SK-*Rudolphi*, § 20 n. m. 31; desde el modelo de la excepción: *B. Heinrich*, AT, n. m. 610; *Kindhäuser*, LPK, § 20 n. m. 32; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 20 n. m. 26; igualmente la edición anterior n. m. 638.

86 V. *Roxin*, AT I, § 20 n. m. 74; LK-*Schöch*, § 20 n. m. 203.

irrelevante si el autor se ha reservado la identificación[87] de la víctima —como un "instrumento" de sí mismo— recién para cuando se halle en estado de inculpabilidad. En las constelaciones de la *alic*, el autor (imputable) tiene por lo regular un claro plan, justamente, cuando busca evitar la sanción por un determinado hecho, de modo que la configuración de un espacio de creación más bien tendría que ser la excepción. Por consiguiente, al menos por regla, tendrá que partirse de que el error del autor inimputable es relevante y tiene que tratarse[88] como *aberratio ictus*.

En el **caso del ejemplo,** en opinión de la jurisprudencia, W se habría hecho punible por el § 226 I Nr 3, II, en vista de la equivalencia típica de E y F. El tratamiento preferente de esta constelación tendría como consecuencia una punibilidad de W según el § 229 (respecto a F) y el §§ 226 I Nr 3, II, 22, 23 I Alt. 1 (respecto a E) (cfr. solo *aberratio ictus* n. m. 364 ss.).

f) Tentativa y desistimiento: Los modelos del tipo llevan, en general, a que el estadio de la tentativa tenga lugar en un momento muy temprano. Pues si el embriagarse constituye la acción del hecho, entonces, la tentativa empieza ya con la colocación en el estado de inimputabilidad e, incluso, independientemente de si en ese momento el bien jurídico protegido por el tipo ya ha sido puesto en peligro de un modo considerable[89]. Sin embargo, el recurso al fundamento jurídico de la autoría mediata apoya y concretiza la sostenibilidad de ese resultado. Pues, en el § 25 I Alt. 2, la fase de tentativa empieza en el momento en el que el autor deja de tener en sus manos el suceso, de un modo tal que, de acuerdo con su representación, el ataque contra la víctima debe desembocar inmediatamente en la realización del tipo (v. n. m. 872). Si esto se traslada a la *alic*, significa que la tentativa empieza solo cuando el autor se ha colocado en estado de inimputabilidad al embriagarse. Sin embargo, debido a la anticipación que aquí no se niega, es especialmente importante que el autor —pese a su inimputabilidad existente— **pueda desistirse** de la tentativa con un efecto eximente de pena (v. n. m. 915)[90]. **641**

g) La (innecesaria) *alic* imprudente. La *actio libera in causa* dolosa solo comprende los casos en los que el autor, con el doble dolo respecto al embriagarse **642**

87 Correcto en ese sentido *Kühl*, AT, § 11 n. m. 23

88 Similar *Rengier*, AT, § 25 n. m. 23 s.

89 Crít. al respecto, por ejemplo, MK-*Streng*, § 20 n. m. 146.

90 Así, también la jurisprudencia, v. solo BGHSt 23, 356, 359; BGH NStZ 04, 324, 325; v. también MK-*Streng*, § 20 n. m. 147; S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 46; LK-*Hillenkamp*, § 24 n. m. 254 y ss.; de otra opinión, NK- *Zaczyk*, § 24 n. m. 76, quien defiende una aplicación correspondiente del § 23 III.

y a la comisión del hecho que se ha descrito, se coloca en un estado defectuoso y comete ulteriormente el hecho o intenta cometerlo[91]. Es decir, solo quedaría lugar para una *alic* "imprudente" si el autor provoca dolosamente o imprudentemente el decisivo defecto y, por imprudencia, no repara o no cuenta con que realizará un determinado delito en estado de inimputabilidad y él comete[92] en estado de inimputabilidad ese delito de modo doloso o imprudente.

No obstante, en el ámbito de la imprudencia, la figura de la *alic* es irrelevante, puesto que, de acuerdo con las reglas generales, la punibilidad por un hecho imprudente se vincula a la causación defectuosa como **comportamiento descuidado**, que, bajo ciertas circunstancias, yace en un estadio bastante previo. Por eso, en el caso de los delitos de resultado cometidos de modo imprudente, no se requiere de una anticipación con ayuda de la *alic*[93].

▶ Casos de ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 409 y 421.

III. Los elementos especiales de la culpabilidad

643 Junto a los elementos del injusto, los preceptos penales también contienen ocasionalmente **elementos "especiales" de la culpabilidad**, bajo cuya concurrencia la posición del autor frente al derecho aparece con una mayor o menor reprochabilidad. Su peculiaridad radica en que aquellos determinan el contenido de culpabilidad del hecho no solo como reflejo del injusto, sino que **caracterizan**[94] **"inmediata y exclusivamente", de un modo más detallado**, el **desvalor de la actitud interna** que se manifiesta en el hecho. Por consiguiente, desde una perspectiva sistemática, tienen que ser clasificados en el ámbito de la "culpabilidad".

En ese sentido, se cuentan, entre los elementos puros de la actitud interna, la "malicia" en el caso de la difamación del Estado y sus símbolos (§ 90a I Nr 1), en la incitación a la población (§ 130 I Nr 2, II), así como el maltrato de sujetos en custodia (§ 225) y la "**desconsideración**" en la puesta en peligro del tráfico viario (§ 315c I Nr 2)[95].

91 Cfr. BGH NStZ 02, 28.

92 Cfr. *Hruschka*, JZ 97, 22; en contra *Hettinger*, GA 1989, 1.

93 Cfr. también *Frisch*, ZStW 101 [1998], 608 y ss.; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 386; S/S/W-StGB-*Kaspar*, § 20 n. m. 107; *Krey/Esser*, AT, n. m. 713; *Otto*, BGH-Wiss-FS, p. 111, 126; OLG Nürnberg NStZ-RR 06, 248; BGHSt 42, 235, 236 s.; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 6 n. m. 25; *Rengier*, AT, § 25 n. m. 27.

94 *Jescheck/Weigend*, AT, § 42 I; *Kelker*, Zur Legitimität von Gesinnungsmerkmalen im Strafrecht, 2007.

95 Crít. NK-*Puppe*, § 29 n. m. 21 y ss. y LK-*T. Walter*, Vor § 13 n. m. 179.

Adicionalmente a ello, según la opinión que aquí se defiende, los **elementos del asesinato referidos al autor**, es decir, aquellos del 1.° y 3.° grupo (cfr. § 211 II) constituyen elementos genuinos de la culpabilidad. Así, por ejemplo, los "**móviles bajos**" caracterizan exclusivamente, y no solo como reflejo del injusto, la reprochable **actitud** del autor, que se halla en el nivel más bajo (cfr. n. m. 799, respecto a la opinión dominante que discrepa en este punto; respecto a la estructura en el examen universitario, n. m. 1190)[96].

A diferencia de ello, los elementos del asesinato (referidos al hecho) de la "alevosía" y "crueldad" (§ 211 II 2.° grupo) pertenecen al injusto de la acción, porque, en primera línea, ellos afectan la reprochabilidad de la forma de comisión y solo mediatamente permiten conclusiones sobre la actitud del autor que se manifiesta en el hecho. Algo similar vale en cuanto a la "brutalidad" del maltrato en el § 225, en donde la actitud insensible del autor se tiene[97] que expresar en la forma y gravedad de la intervención corporal.

644 Para los elementos "especiales" de la culpabilidad rige, en el **ámbito de la participación,** el principio de que cada interviniente en el hecho es sancionado **únicamente de acuerdo a su culpabilidad**, sin considerar la culpabilidad de otro (§ 29).

En el ámbito más relevante del examen universitario del asesinato, la aplicación que aquí se defiende del § 29, en cuanto a los elementos del asesinato referidos al autor, conduce a resultados idénticos a los de la literatura dominante, la cual aplica el § 28 II StGB respecto a estos elementos: el interviniente será siempre sancionado de acuerdo con el elemento referido al autor que existe en su persona (al respecto, *infra* n. m. 793 ss.).

645 Adicionalmente a ello, existen algunas particularidades en el **ámbito del error:** en el caso de los **elementos de la culpabilidad entendidos objetivamente**, que solo se presentan como causas de disminución de la culpabilidad, el autor solo requiere haber sido consciente de su existencia su efecto motivador para la constitución de la voluntad es asumido de un modo irrefutable. Por consiguiente, en caso de asunción errónea de una causa de atenuación, en realidad inexistente, solo hay que orientarse según la representación del autor. En cambio, en el caso de elementos de la **culpabilidad entendidos subjetivamente** (por ejemplo, homicidio a petición, § 216), no basta con que el autor se haya representado la correspondiente circunstancia, más bien, esta tiene que haber sido realmente motivadora en su caso para el surgimiento de

96 S/S-*Eisele*, Vor § 13 n. m. 122; diferenciadamente *Klesczewski*, Uni-Leipzig-FS, p. 490; respecto a las cuestiones estructurales que se siguen de la clasificación bajo el § 29 *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 135 y respecto a cuestiones referidas al error *Grunst*, Jura 02, 252.

97 Cfr. BGHSt 25, 277.

la voluntad. Sin embargo, por lo demás, también habrá que orientarse aquí por la representación del autor en cuanto al error:

Por ejemplo, si el autor parte erróneamente de que la víctima moribunda le ha pedido una muerte digna por medio del veneno, entonces, en caso de esa motivación, la acción homicida solo tiene que sancionarse según el § 216. De acuerdo con la opinión dominante, que categoriza la solicitud sincera de homicidio como un elemento del tipo, esto surge del § 16 II[98], sin embargo, de acuerdo con la interpretación que aquí se lleva a cabo, ello se sigue ya del **carácter referido a la culpabilidad** del § 216.

En el caso inverso (o sea, cuando existe la solicitud, pero el autor no sabe nada de ello), falta tanto el conocimiento de la circunstancia privilegiadora como también la necesaria motivación. De acuerdo con su representación, el autor tiene que ser sancionado por el tipo general del homicidio (§ 212, dado el caso § 211).

IV. La forma de la culpabilidad

646 Prescindiendo de los elementos "especiales" de la culpabilidad, el **contenido de la culpabilidad** de un delito siempre será codeterminado a través de su **contenido de injusto**, puesto que todo incremento o reducción del injusto influye mediatamente la gravedad del reproche de la culpabilidad[99].

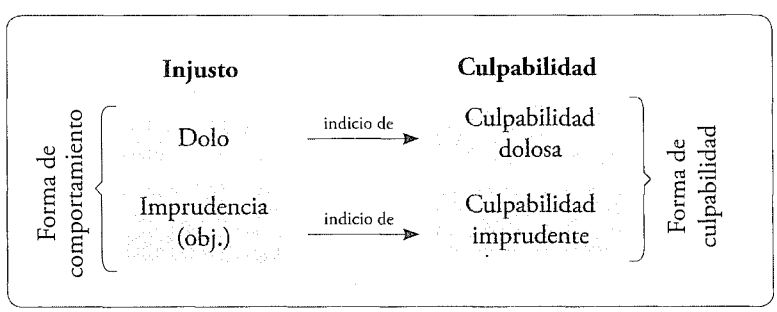
Así como "injusto" y "culpabilidad" se corresponden entre sí, existe en ese sentido una relación recíproca entre la **forma del comportamiento** y la **forma de la culpabilidad** del suceso punible. La realización dolosa o imprudente del tipo del injusto constituye, como forma del comportamiento, el correlato para la forma de la culpabilidad caracterizada por las consideraciones de reprochabilidad; al modo doloso o imprudente del comportamiento le corresponde la forma de culpabilidad dolosa o imprudente.

Como consecuencia de su doble función (v. n. m. 200 y ss.) en el ámbito de la culpabilidad, el dolo es el portador del **desvalor de la actitud interna**[100] que se manifiesta en el hecho. Lo característico de él, como forma de la culpabilidad, es la actitud **hostil** o **indiferente** al derecho del autor ante las normas jurídicas de comportamiento, que se manifiesta en el momento de su decisión a favor del injusto y contra el derecho.

98 BGH NStZ 12, 85 con obs. *Hecker*, JuS 12, 365; v. también *Gierhake*, GA 2012, 291.
99 Anders LK-*T.* Walter, Vorbem. § 13 n. m. 176.
100 Crít. *Hirsch*, Otto-FS, p. 307.

En cambio, lo distintivo de la **culpabilidad imprudente** es la actitud **negligente** o **descuidada** del autor frente a las exigencias de cuidado del ordenamiento jurídico (cfr. n. m. 974)[101].

El dolo típico, como **forma de comportamiento** y **elemento subjetivo del injusto**, solo provee para su correspondiente *typus* de culpabilidad, consistente en la actitud dolosa-defectuosa respecto del ordenamiento jurídico (culpabilidad dolosa), un "indicio" refutable: como la realización del tipo constituye un indicio para la valoración definitiva del hecho como "injusto", lo cual decae cuando existe una causa de justificación (v. n. m. 179), entonces, la "culpabilidad dolosa" únicamente será "indiciada" por medio del dolo típico. Este indicio quedará sin valor si, al ejecutar la acción, el autor **asume erróneamente la concurrencia de los requisitos fácticos de una causa de justificación reconocida**, es decir, considera que existe una situación fáctica que, en caso de existir realmente, justificaría su comportamiento (denominado error sobre el tipo permisivo). En tal caso, la realización dolosa del tipo no es expresión de la actitud interna del *typus* de culpabilidad que regularmente le corresponde, esto es, de una disminución de la representación valorativa del legislador, de modo que (como en el § 16 I) solo queda lugar para un **reproche por una culpabilidad imprudente** (más detalladamente n. m. 694 y ss.). 647



V. La conciencia del injusto

El contenido de la conciencia del injusto no es el conocimiento del precepto penal o la "punibilidad" del hecho, sino la comprensión del autor de que su comportamiento se encuentra jurídicamente prohibido[102]. La conciencia del 648

101 Véase, al respecto, también *Kröger*, Der Aufbau der Fahrlässigkeitsstraftat, 2016, p. 253 y ss.

102 BGH NStZ 11, 336 con discusión, *Sinn*, ZJS 11, 402; v. también *Küper*, JZ 89, 617, 621; *Neumann*, JuS 93; *Safferling*, Vorsatz und Schuld, 2008.

injusto tiene que estar referida al tipo, es decir, tiene que abarcar[103] el contenido específico del injusto de la clase de delito que viene en consideración; en ese sentido, en caso de una realización en unidad de hecho de diversos tipos penales, ella es separable[104].

649 Quien realiza el tipo de injusto con conocimiento y voluntad sin asumir una situación que justifica el hecho, sabe regularmente como sujeto imputable que realiza un injusto. Esta conciencia del injusto constituye junto a la forma de culpabilidad del comportamiento un elemento independiente de la culpabilidad[105]. Cuando no haya especiales indicios respecto a su ausencia, entonces se presume la existencia de la conciencia del injusto.

650 Por lo regular, el injusto de un hecho doloso se presentará de modo claro al autor (conciencia **actual** del injusto)[106]. Sin embargo, de acuerdo con la opinión dominante, también basta con que él hubiese podido obtener la comprensión del injusto del hecho en el marco de la utilización exigible de su entendimiento y representación valorativa (conciencia **potencial** del injusto)[107].

651 Si, a causa de un **error de prohibición invencible**, durante la comisión del hecho le falta al autor la comprensión de que se comete un injusto, entonces, actúa sin culpabilidad (§ 17 oración 1; cfr. n. m. 691 y ss.); esto vale tanto para los hechos dolosos como para los hechos imprudentes (cfr. n. m. 974).

VI. Las causas de exculpación

652 Dentro de las circunstancias que permiten hacer decaer el reproche de la culpabilidad, hay que distinguir entre "causas de exclusión de la culpabilidad" y "causas de exculpación". Una **causa de exclusión de la culpabilidad** es, de un lado, la inimputabilidad: aquí falta una condición de la culpabilidad; por otro lado, se halla el error de prohibición inevitable: en ese sentido, se care-

103 BGHSt 42, 123.
104 BGHSt 10, 35.
105 BGHSt GrS 2, 194; v. también *Heger*, Ad Legendum 11, 398.
106 BGHSt 15, 377.
107 BGHSt 21, 18, 20.

ce de un elemento que fundamenta la culpabilidad. En cambio, las **causas de exculpación** tienen como consecuencia una disminución tan intensa del contenido del injusto y de la culpabilidad del hecho que el umbral mínimo del merecimiento de pena ya no puede ser alcanzado y el legislador, al considerar la situación de motivación excepcional, renuncia a la imposición de un reproche de culpabilidad, es decir, es indulgente[108]. En parte, las causas de exculpación también se deben al fundamento general de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma[109].

En especial, se distingue entre las siguientes causas de exculpación:

1. **Estado de necesidad exculpante** (§ 35).
2. **Exceso en la legítima defensa** (§ 33).
3. Actuar a causa de una **disposición/orden de servicio antijurídica considerada vinculante** (entre otras, §§ 63 II 3 BBG, 36 II 3 BeamtStG, 5 I WStG, 3 VStGB).
4. **Inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma.**
5. **Estado de necesidad exculpante supralegal.**

1. El estado de necesidad exculpante

El estado de necesidad exculpante concurre en aquellas constelaciones en las que el autor se encuentra en una situación excepcional de apremio psíquico, en la cual no se le puede exigir un comportamiento conforme a la norma (v. n. m. 435). **653**

En ese sentido, su comportamiento —a pesar de la antijuridicidad del hecho— tiene un **efecto reductivo del injusto y de la culpabilidad**. Así, el desvalor de resultado del hecho es disminuido por el valor del bien protegido por el autor, mientras que el desvalor del comportamiento es disminuido por el fin de salvación del comportamiento. Pero también el contenido de la culpabilidad del hecho es ostensiblemente menor que bajo circunstancias normales, porque el autor se ve expuesto a una presión motivacional excepcional, la cual le hace imposible o muy difícil el seguimiento de las normas de deber del ordenamiento jurídico. El fundamento para la "exculpación" radica

108 *B. Heinrich*, AT, n. m. 563; *Kühl*, AT, § 12 n. m. 2 s.; *S/S-Perron*, § 35 n. m. 2; *Rudolphi*, ZStW 78 [1966], 67 (81 ss).

109 Con esa orientación, especialmente MK-*Müssig*, § 35 n. m. 1 con una presentación panorámica y crítica del estado de la discusión.

en que la decisión contraria al derecho y a favor del injusto, por parte del autor, no guarda la misma medida de una actitud hostil al derecho, reprochable, como la que se da sin la existencia de una situación conflictiva[110].

De la mano de esa consideración, también es comprensible por qué, a pesar del estado de necesidad, sigue siendo existente el reproche de la culpabilidad frente a personas que están jurídicamente obligadas a soportar peligros para la vida y la integridad, como, por ejemplo, los agentes policiales, soldados, marineros, miembros de los bomberos o del servicio de rescate en montañas, etc. (cfr. § 35 I 2)[111]. La vinculación ético-social al deber, cuya preservación la comunidad jurídica precisamente confía en las situaciones de peligro típicas del deber, no se opone en tales casos a una disminución del contenido de injusto y de la culpabilidad.

654 **a) Situación de necesidad:** El estado de necesidad exculpante (§ 35 I 1) requiere una determinada situación de necesidad, concretamente, un peligro actual, no evitable de otro modo para la vida, integridad o libertad del autor mismo, un pariente en el sentido del § 11.I.1 o de otra "persona cercana" para aquel (amigo, conviviente, etc.).

655 En general, el § 35.I 1 (a diferencia del § 34, al respecto, v. n. m. 447 y ss.) únicamente se enfoca en los bienes jurídicos más elementales para la vida humana, por lo cual, en general, se exige una interpretación restrictiva del círculo de **bienes jurídicos protegidos**. Sin embargo, en relación con la vida, existe un merecimiento y una necesidad de protección especialmente altos; esta protección especial está jurídico-constitucionalmente ya exigida en la fase anterior al nacimiento, de modo que la vida del concebido —al contrario de la opinión dominante— también tiene que incluirse en el círculo de bienes jurídicos del § 35 I 1[112]. Puesto que el bien jurídico "integridad corporal", mencionado en el § 35 I 1, es listado a la misma vez y en el mismo nivel que la "vida", ello requiere de un peligro especialmente relevante en la integridad

110 Con más detalle *Bosch*, JA 15, 347; *Hörnle*, JuS 09, 847; *Jescheck/Weigend*, AT, § 43 III; *Kühl et al*, Einführung § 36 n. m. 17; NK-*Neumann*, § 35 n. m. 30; *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 4; *el mismo*, ZStW 96 [1984], 641, 655 y JA 90, 97, 137; con otra fundamentación *Kaspar*, AT, n. m. 455 en conexión con 413 s.: "falta de una necesidad preventiva".

111 RGSt 72, 246 con discusión *Fahl*, JA 13, 274 y *Puppe*, AT, § 17 n. m. 1 y ss.; BGH NJW 64, 730; v. también *Esser/Bettendorf*, NStZ 12, 233; *Fahl*, JA 12, 161.

112 SK-*Rogall*, § 35 n. m. 15; *Satzger*, JuS 97, 800, 804; para una limitación a los nacidos, v. S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 35 n. m. 5; LK-*Zieschang*, § 35 n. m. 12 con notas adicionales.

corporal para alcanzar el ámbito de aplicación del § 35 I 1[113]. De acuerdo con una opinión completamente dominante, también la "libertad" es, en tal sentido, correspondiente cuando se trata de la libertad de movimiento en el sentido del § 239. En cambio, en caso de una puesta en peligro de la libertad general de acción, en el sentido del § 240, no es aplicable el § 35 I 1[114]. El listado de los bienes jurídicos protegidos es concluyente y, en vista de la clara especificación del legislador, no existe lugar para una aplicación analógica respecto de otros bienes jurídicos[115].

Respecto al **concepto de peligro** actual que no puede ser evitado de otro modo, vale lo dicho respecto al § 34 en lo que sea pertinente (v. n. m. 451 y ss.)[116], con la limitación de que, en el caso de estado de necesidad en favor de terceros —a diferencia del § 34—, el círculo de personas al cual puede referirse la acción de salvación está limitado enumerativamente[117]. Resulta necesaria una especial relación objetiva con el autor. En esencia, ella está descrita de un modo formal (parientes en el sentido del § 11.I.1). El círculo es ampliado de un modo relevante mediante el elemento de recogida referido a "otra persona cercana", cuya interpretación se orienta a la cualidad del parentesco. Por eso, el criterio de la "cercanía" requiere de un vínculo de cierta duración respecto del autor, que exista objetivamente y que esté basado, en general, en una reciprocidad[118]. Solo entonces se puede partir de que en el autor existe una presión motivacional real, tal como se presume de modo irrecusable en el caso de un autor en cuanto a la salvación de un pariente[119]. Es irrelevante el origen del peligro; se incluyen los sucesos naturales, los estados peligrosos de cosas, así como los peligros que provienen de personas. **656**

Finalmente, el peligro tiene que ser **actual**, valiendo aquí, en lo que corresponda, lo ya mencionado respecto al § 34 (v. n. m. 454 y s.). **657**

113 *Fischer*, § 33 n. m. 5; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 35 n. m. 7 con notas adicionales.

114 Cfr. S/S-*Perron*, § 35 n. m. 8; a favor de la inclusión de la libertad de autodeterminación sexual: Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 35 n. m. 5; en contra: LK-*Zieschang*, § 35 n. m. 12.

115 Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 35 n. m. 5; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 35 n. m. 4.

116 Más detalladamente RGSt 60, 318; 66, 222; BGHSt 5, 371; en parte más restringido Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 35 n. m. 4.

117 B. *Heinrich*, AT, n. m. 567; *el mismo*, Ad Legendum 15, 89, 93.

118 MK-*Müssig*, § 35 n. m. 19.

119 S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 35 n. m. 11; B. *Heinrich*, AT, n. m. 567; *Kühl*, AT, § 12 n. m. 36.

658 **b) Acción necesaria:** La acción del estado de necesidad tiene que constituir, como *ultima ratio*, la única y última salida a la situación de necesidad, es decir, tiene que ser adecuada y necesaria para evitar el peligro actual.

659 Si el peligro no se puede evitar de otro modo que mediante una infracción de normas jurídico-penales, el autor tiene que elegir el medio relativamente más benigno (**necesidad**). Además de ello, siempre ha de atenderse al **principio de proporcionalidad**; el daño causado no puede estar en una evidente desproporción respecto de la gravedad del peligro. Quien lesiona gravemente o, incluso, mata a quien no ha intervenido para evitar solo un perjuicio menor a la libertad, no se halla exculpado[120]. Mientras más grave es la lesión del bien jurídico vinculada a la acción de salvación, más cuidadosamente tiene que comprobar el autor las posibilidades de que exista otra salida[121]. Es decir, la comprobación de si el peligro que se examina no es evitable de otro modo ya estará cocaracterizado por consideraciones de exigibilidad[122]. Una ponderación de intereses —como en el § 34— no tiene lugar aquí.

En casos extremos también la muerte de otra persona puede quedar exculpada; así, por ejemplo, cuando un náufrago empuja a otro de la tabla de salvación que solo soporta a uno (**"tabla de Carnéades", caso *Mignonette***; v. n. m. 464)[123].

También los denominados "casos de abusadores o tiranos familiares" se deciden, por lo regular, en ese ámbito. Ellos están caracterizados porque los recurrentes actos de extrema violencia de un miembro de la familia excepcionalmente brutal, quien posee una mayor fuerza que los demás, fundamentan una situación de estado de necesidad en la forma de un peligro constante (al respecto n. m. 454). El homicidio del "tirano" aparece como la única salida al martirio. Aquí ha de comprobarse cuidadosamente que no existen otras posibilidades para la culminación de ese peligro constante y que han sido utilizadas todas las ayudas estatales y caritativas. Sin embargo, si excepcionalmente su utilización no ofrece ninguna garantía de una evitación del peligro, entonces, la muerte puede quedar exculpada. En cambio, en caso de un rechazo de la exculpación tiene que constatarse si el autor ha partido erróneamente de la existencia de condiciones fácticas de un estado de necesidad exculpante, de modo que venga en consideración un error según el § 35 II (cfr. n. m. 688, 718)[124].

120 RGSt 66, 397.

121 BGHSt 18, 311; BGH NStZ 92, 487.

122 Igualmente, *Kühl*, AT, § 12 n. m. 50 s.; rechaza ello *Bernsmann*, "Entschuldigung" durch Notstand, 1989, p. 73, 107; LK-*Zieschang*, § 35 n. m. 46.

123 Más profundamente, *Heghmanns*, Ad Legendum 15, 96, 100; *Kaspar*, AT, n. m. 452 s.; *Koriath*, JA 98, 250; *Renzikowski*, JbRE 11 (2003), 269; *Ziemann*, ZIS 14, 479.

124 En parte más restringido BGHSt 48, 255, 257 (*Familientyrann II*); como aquí: *Haverkamp*, GA 2006, 586; *Hillenkamp*, JZ 04, 48; *Rotsch*, JuS 05, 12; crít.: *Otto*, NStZ 04, 142; *Rengier*, NStZ 04, 233.

c) Exigibilidad de soportar el peligro: De acuerdo con la regulación excepcional del § 35 I 2, el reproche de culpabilidad no decae si, de acuerdo con las circunstancias, al autor se le podía exigir soportar el peligro. Es decir, esto vale, aunque no de modo obligatorio sin más, cuando el autor ha causado el **peligro mismo** o se halla en una **especial relación jurídica**, con deberes intensificados de soportar el peligro, como, por ejemplo, un soldado (cfr. al respecto el § 6 WStG), agente policial, bombero, médico, etc. Adicionalmente a ello, pueden surgir otras consideraciones de exigibilidad como lo ha expresado el legislador mediante una formulación abierta a un desarrollo ("principalmente")[125]. **660**

Cuándo existe una "causación" constituye una cuestión discutida en sus detalles. Aquí uno podría exigir, con una parte de la literatura, un **comportamiento precedente culpable**[126]. Sin embargo, el legislador histórico se ha apartado de ese criterio de culpabilización, el cual aún podía encontrarse en el § 54 antigua versión, y ha expresado en su exposición de motivos la clara voluntad de que no solo un comportamiento precedente culpable como tal lleve a la limitación del estado de necesidad exculpante[127]. Por consideraciones similares, hay que rechazar la opinión dominante, que se orienta por si el autor ha actuado "**de modo contrario a su incumbencia**", es decir, si se ha puesto sin una razón suficiente bajo un peligro que previsiblemente podía[128] conducir a una situación propia de un estado de necesidad. Sin embargo, una orientación a la lesión de una incumbencia resulta muy próxima al criterio de la culpabilización, pero resulta bastante débil en cuanto a los contornos de su contenido, sobre todo en este contexto. En ese sentido, de acuerdo con la *ratio legis*, se tendrá[129] que exigir un comportamiento precedente **objetivamente contrario al deber**. En cuanto a las acciones de estado de necesidad para la salvación de **parientes** o **personas cercanas**, en el § 35I2, la ley no se orienta por el comportamiento previo de estos, sino por la causación del peligro mediante el **autor**. Por eso, en el marco de una interpretación más restringida, solo puede depender de su comportamiento previo[130]. En definitiva, aquí resulta decisiva la cuestión crucial referida a si, **precisamente por las peculiaridades mencionadas en el § 35I2,** le era exigible al autor **soportar el peligro** y superar el estado de necesidad. Esto último ha de aceptarse cuando como consecuencia de una causación propia del peligro se ha generado un peligro contra **sí mismo**, antes que en aquellos casos en los que la acción de salvación se realiza a favor de un **pariente en peligro**. A la salvación de este se sentirá especialmente **661**

125 *Kaspar*, AT, n. m. 463, 472.

126 *Ebert*, AT, p. 108; *Kaspar*, AT, n. m. 468; S/S-*Perron*, § 35 n. m. 20; SK-*Rogall*, § 35 n. m. 33.

127 BT-Drucks. V/4095, p. 16; más detalladamente LK-*Zieschang*, § 35 n. m. 49.

128 Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 35 n. m. 9; NK-*Neumann*, § 35 n. m. 35 s.; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 35 n. m. 14; más profundamente al respecto *Beck*, ZStW 124 [2012], p. 660, 680 y ss.

129 En conjunto, al respecto LK-*Zieschang*, § 35 n. m. 49 y ss.

130 Así, *Maurach/Zipf*, AT/1, § 34 n. m. 6.

obligado el autor cuando *él mismo* sea el responsable de la producción de la situación de peligro[131]. Si el **pariente** que ha ido a parar en la situación de necesidad es el **responsable** de la causación del peligro, entonces, a pesar de ese comportamiento precedente del otro, entonces por regla no le será exigible al rescatista cercano a él renunciar a la salvación para favorecer a un tercero[132].

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 131.

En un caso en el que se **dio muerte a un policía de frontera en el muro de Berlín** para facilitar la huida desde la DDR, el BGH afirmó a causa de "otros criterios de exigibilidad" un deber especial de soportar el peligro en el sentido del § 35. I 2: a pesar del riesgo esperable de una privación de la libertad tras los controles fronterizos, para quien desea huir se encontraría excluida una exculpación, según el § 35.I 1 (respecto a la legítima defensa en este caso, v. n. m. 524)[133].

662 **d) Elemento subjetivo:** En el ámbito subjetivo, el § 35.I 1 requiere que el autor actúe con el fin de conjurar el peligro o con **voluntad de salvación**, puesto que la conservación del bien jurídico amenazado no puede jugar un rol completamente subordinado. Por consiguiente, el mero conocimiento de la situación de estado de necesidad no es suficiente[134]. En la jurisprudencia, se halla parcialmente como exigencia subjetiva adicional un deber de cargo del autor de verificar otras posibilidades exigibles de conjuración del peligro[135]. Sin embargo, una comprensión subjetiva de tal amplitud no puede extraerse del § 35 y tiene que rechazarse con la literatura dominante[136].

663 **e) Estado de necesidad justificante vs. estado de necesidad exculpante:** Las diferencias entre el estado de necesidad justificante (§ 34) y el estado de necesidad exculpante (§ 35) son relevantes. Ellas no solo conciernen a los requisitos legales (v., al respecto, la comparación de los elementos en n. m. 1142); también se reflejan en los ámbitos de la participación, legítima defensa y del error: en el caso del § 34, el autor del estado de necesidad no actúa antijurídicamente, sino conforme al derecho; por consiguiente, se excluye

131 Igualmente, *Jescheck/Weigend*, AT, § 44 III 2 a; *Roxin*, JA 90, 137, 140; de otra opinión SK-*Rogall*, § 35 n. m. 35.

132 *Kindhäuser*, AT, § 24 n. m. 15; BK-*Momsen*, § 35 n. m. 33. 3; de otra opinión *Bosch*, JA 15, 347, 354; *Kudlich*, PdW, p. 105; LK-*Zieschang*, § 35 n. m. 65.

133 BGH JR 01, 467 con obs. críticas en ese sentido *Renzikowski*.

134 *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 32; B. *Heinrich*, Ad Legendum 15, 89, 95; Matt/*Renzikowski-Engländer*, § 35 n. m. 16; sin embargo, distinto, *Jakobs*, AT, 20/10 s.

135 BGHSt 18, 311; BGH NStZ 92, 487

136 Igualmente, *Kühl*, AT, § 12 n. m. 58; B. *Heinrich*, Ad Legendum 15, 89, 95; SK-*Rogall*, § 35 n. m. 25.

una legítima defensa contra su comportamiento, al igual que la posibilidad de una participación punible por medio de otros. En cambio, el § 35 parte, como mera causa de exculpación, de la existencia de un hecho antijurídico por parte del autor de un estado de necesidad, el cual, según los §§ 26, 27, puede dar lugar a una participación[137] y le permite al afectado por él ejercer el derecho de legítima defensa, siempre que, en el caso concreto, ello aparezca como requerido (v. n. m. 508). Si el autor asume erróneamente circunstancias que justificarían su hecho según el § 34, en caso de que ellas realmente existieran, entonces, según la opinión dominante, serán de todos modos aplicables a su favor las consecuencias jurídicas del § 16.I (respecto al error sobre el tipo permisivo, cfr. n. m. 693 y ss.); por el contrario, si considera que las circunstancias mencionadas en el § 35.I existen, aunque en la realidad no sea así, solo entra a tallar el § 35.II (v. n. m. 716 y ss.).

f) Caso especial del "estado de necesidad coactivo": El estado de necesidad regulado anteriormente de una forma especial (en el § 52 antigua versión) (v., al respecto, n. m. 462), es un caso especial del estado de necesidad exculpante. Aquel existe cuando el autor es al mismo tiempo víctima de una coacción por parte de un tercero (§ 240), es decir, cuando es coaccionado al hecho antijurídico por un tercero mediante violencia o amenaza de un peligro actual, no evitable de otro modo para la vida, la integridad o la libertad de sí mismo, de un pariente o de una persona cercana a él. **664**

En especial, resultan problemáticos aquellos casos en los cuales el mal con el que el tercero coaccionador amenaza al autor es grave, sin embargo, la lesión del bien jurídico de la víctima exigida al autor coaccionado aparece, en comparación, como relativamente menos grave. A pesar de que aquí, considerando la ponderación que resulta central en el ámbito del § 34, incluso podría quedar lugar para una justificación del autor coaccionado, de acuerdo con una opinión acertada en el resultado, viene en consideración solo una exculpación con base en el § 35.

En el **caso 13b**, las lesiones corporales causadas por A mediante los latigazos quedan justificadas por un estado de necesidad según el § 34, pues A consideró que, mediante la amenaza de R, existía un peligro "actual" para la vida de su hijo —en concreto, en la forma de un peligro constante—. Dado que, entre los bienes ju- **664a**

137 Limitador al respecto *Jäger*, Beulke-FS, p. 127.

rídicos, a la vida le corresponde el rango más alto y en el § 34 (o § 904 BGB) es irrelevante si el peligro proviene de las fuerzas de la naturaleza o de personas, todo parece estar a favor de considerar justificados los azotes de A.

Sin embargo, hay que rechazar una solución del estado de necesidad coactivo por la vía del **estado de necesidad justificante**. Es decir, esto tendría como consecuencia que K no pudiera ejercer un derecho de legítima defensa contra A. A sería un instrumento del coaccionador R, que actúa de modo justificado. R sería responsable como autor mediato de las lesiones corporales infligidas a C mediante A (cfr., al respecto, n. m. 775). Sin embargo, existen críticas fundamentales contra esa solución, la cual sería injusta para K si este se defendiera contra A: en el resultado, A se coloca del lado del injusto cuando cede a la presión y se transforma en una "extensión" de R. La circunstancia de que R no ejecute por sí mismo el latigazo, sino que se sirva para ello de un instrumento humano que ha sido sometido, no puede llevar a que la posición jurídica de K resulte minada. A ello se agrega que, en el § 34, no se trata solamente del rango de los bienes jurídicos que entran en conflicto, sino, más bien, de cuáles intereses son más dignos de protección en el marco de la ponderación general y si el hecho constituye un medio adecuado para la superación del conflicto. A pesar de la presión contra A, parece que lo que hace A no constituye el medio correcto para el fin correcto. Esto solo será adecuado si a K no se le niega completamente un derecho de legítima defensa, sino que únicamente se le limita de la forma en que lo prevén las reglas sobre los límites ético-sociales de la legítima defensa ejercida frente a un individuo que actúa evidentemente de modo no culpable (v. n. m. 512 y 518).

En coincidencia con la anterior regulación legal (§ 52 antigua versión) y la valoración legislativa allí contenida, hay que sostener que un estado de necesidad coactivo no justifica el comportamiento del sujeto coaccionado, sino que solo lo **exculpa**, siempre que concurran los requisitos del estado de necesidad exculpante[138].

Los latigazos fueron adecuados y necesarios para conjurar el peligro para la integridad y vida del hijo de A. Además de ello, este peligro no era evitable de otro modo, puesto que, en especial, la protección estatal no habría llevado a la eliminación de la puesta en peligro permanente del hijo de A. No se pueden apreciar causas de denegación en el sentido del § 35.I 2. En especial, no se le podía exigir a tolerar la muerte de su hijo. Por consiguiente, se aplica en favor de K la causa de exculpación del § 35.I 1, en la forma del denominado estado de necesidad coactivo.

138 Igualmente, *Hassemer*, Lenckner-FS, p. 115; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 6 n. m. 51; *Jäger*, AT, n. m. 161; F. *Meyer*, GA 2004, 356, 368; S/S-*Perron*, § 34 n. m. 41b; crít. MK-*Müssig*, § 35 n. m. 21; diferenciadamente *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 17 n. m. 81; *Bünemann/Hömpler*, Jura 10, 184 (§ 35 analógicamente); *Kaspar*, AT, n. m. 325 y ss.; BK-*Momsen*, § 34 n. m. 17; *Rengier*, AT, § 19 n. m. 54; *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 69; LK-*Zieschang*, § 35 n. m. 25; respecto al caso: *Müller*, Jura 05, 641; *Swoboda*, Jura 07, 224; con más amplitud sobre la punibilidad de la víctima del chantaje *Arzt*, JZ 01, 1052.

Panorama sobre los requisitos del estado de necesidad exculpante, § 35 665

1. Elementos objetivos
   a) Situación de necesidad
      — Peligro para la vida, integridad o libertad
      — Actualidad del peligro
      — Relación personal cercana
   b) Acción necesaria
      — Salvar un bien jurídico mediante el sacrificio de otro bien jurídico
      — Idoneidad
      — Necesidad ("no evitable de otro modo"; medio relativamente más benigno)
      — Proporcionalidad (ninguna desproporción evidente)
   c) No exigibilidad en el sentido del § 35. I 2, es decir, ningún deber de soportar el peligro por una
      — causación de la situación del estado de necesidad que sea objetivamente contraria al deber
      — una especial relación jurídica
      — otras consideraciones de exigibilidad
2. Elementos subjetivos:
   a) Conocimiento de la situación del estado de necesidad
   b) Voluntad de salvación
   c) Deber de constatación intensiva en relación con otras posibilidades de conjuración del peligro (discutido)

2. El exceso en la legítima defensa según el § 33

666

El **exceso en la legítima defensa** en el sentido del § 33 es clasificado acertadamente por la opinión dominante como una causa de exculpación, a pesar de que el texto —"[...] no sancionado"— no se compromete dogmáticamente en ese sentido[139]. La razón a favor de la exculpación radica en que la víctima de una agresión contraria al derecho merece indulgencia en una medida especial porque, de una parte, el contenido de injusto de su hecho se debe considerablemente al fin defensivo de su hacer y el contenido de su culpabilidad no alcanza el límite mínimo[140] del merecimiento de pena, si

139 Cfr. BGHSt 3, 194, 198; BGH NJW 95, 973; v. también *A. H. Albrecht*, GA 2013, 369, 370 y ss.; *Engländer*, JuS 12, 408; *Geppert*, Jura 07, 33, 38; *Heghmanns*, Ad Legendum 15, 96, 100.

140 Similar *Rengier*, AT, § 27 n. m. 1; MK-*Erb*, § 33 n. m. 2; distinto *Kaspar*, AT, n. m. 481: falta de necesidad preventiva; en contra también *T. Zimmermann*, ZIS 15, 57, 58 (por lo

se consideran los afectos asténicos exigidos por el § 33. En lo esencial, en la legítima defensa se distingue entre un exceso intensivo y uno extensivo.

667 **a) Exceso intensivo en la legítima defensa:** Si en el marco de la legítima defensa, el agredido se defiende de un modo más intenso que lo "necesario", entonces, actúa de un modo contrario al derecho[141]. Sin embargo, su comportamiento es exculpado, de acuerdo con el § 33, si excede los límites de la legítima defensa debido a una confusión, temor o miedo (denominados **afectos asténicos**[142]). Aquí basta con que los afectos mencionados en el § 33 —junto a otras emociones sentimentales— hayan sido cocausales para el exceso en la legítima defensa[143]. En cambio, en el caso de los afectos esténicos[144] (rabia, venganza o ira) no es aplicable[145] el § 33.

668 Resultan problemáticos aquellos casos en los cuales la legítima defensa no solo habría fracasado respecto a su necesidad, sino, además, en cuanto al **carácter requerido de la acción** (v. n. m. 508 y ss.). En ese sentido, la aplicación del § 33 resulta discutida en el caso de una provocación a la legítima defensa (v. n. m. 521). Es conveniente distinguir entre la provocación intencional y cualquier otra provocación reprochable. Si a quien realiza la provocación no le corresponde ya de entrada —como en los casos de **provocación intencional**— ningún derecho de legítima defensa, entonces, conceptualmente no se puede ya incurrir en un exceso de la legítima defensa. Por eso, no se puede aplicar el § 33. En casos de **situaciones de legítima defensa provocadas de otro modo reprochable**, la intensidad de la acción defensiva permitida experimenta limitaciones en el ámbito de lo requerido. Si como consecuencia de afectos asténicos, el agredido se defiende de una forma más intensa que lo "requerido", entonces, esto no cambia que a quien se defiende le siga correspondiendo un derecho a la legítima defensa (aunque limitado). En ese sentido, nada se opone[146] a la aplicabilidad general del § 33. Si bien,

demás también instructivo sobre el exceso en la legítima defensa en el derecho penal internacional).

141 RGSt 66, 288.

142 Del griego que significa "hecho de debilidades".

143 BGH NStZ 01, 591 con. obs. *Otto*; BGH NJW 13, 2133, 2136 con reparos *Satzger*, JK 12/13, StGB § 33/5.

144 Lo contrario de asténico (cfr. nota 237), es decir, "hecho de fortalezas".

145 *Heghmanns*, Ad Legendum 15, 96, 100.

146 Como aquí, por ejemplo, *Kühl*, AT, § 12 n. m. 151 s.; en el resultado también *Renzikowski*, Lenckner-FS, p. 250 y s.

en principio, el BGH considera esto del mismo modo[147], sin embargo, niega la aplicabilidad del § 33 cuando, de acuerdo con lo planeado, el autor se ha involucrado con su oponente en una disputa violenta[148]. No obstante, en contra de esta orientación a la causación del peligro por parte del autor antes de la producción de la situación de legítima defensa, habla que en el § 35 el legislador solo ha excluido una exculpación para el caso en el que el autor haya causado por sí mismo el peligro (§ 35.I 2), mientras que esa limitación precisamente no existe en el § 33[149].

En caso de que la legítima defensa no tenga la calidad de requerida debido a una **extrema desproporción** entre el bien jurídico que se defiende y el que se protege (v. n. m. 512), el exceso en la legítima defensa queda excluido, puesto que en tales constelaciones falta ya una disminución del injusto suficiente como para poder fundamentar una ausencia total de punibilidad[150].

▶ Casos de ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 400.

b) Exceso extensivo en la legítima defensa: Cuando el autor no excede los límites de la acción de legítima defensa permitida, sino que el exceso se refiere más bien a la situación de legítima defensa, entonces, se habla de un exceso extensivo en la legítima defensa. Es decir, si la agresión no es actual, pero quien se ha decidido a la defensa, con conocimiento de esa situación, recurre de todos modos a una acción de legítima defensa, entonces, es intensamente discutido si y bajo qué condiciones viene en aplicación el § 33. La opinión dominante niega la aplicabilidad del § 33, haciendo referencia al texto, que justamente requiere la existencia de un derecho de legítima defensa[151]. En cambio, una opinión discrepante reconoce sin límites al exceso extensivo en la legítima defensa como una causa de exculpación[152]. De acuerdo con una opinión acertada, tiene que hacerse la siguiente distinción: si la defensa tiene lugar en un momento en el cual el ataque aún no ha empezado (exceso **669**

147 V. BGH NStZ 16, 84, 86.

148 BGHSt 39, 133; a favor *Rosenau*, Beulke-FS, p. 225, 236.

149 *Hafti/Eisele*, Jura 00, 313; *Roxin*, NStZ 93, 336.

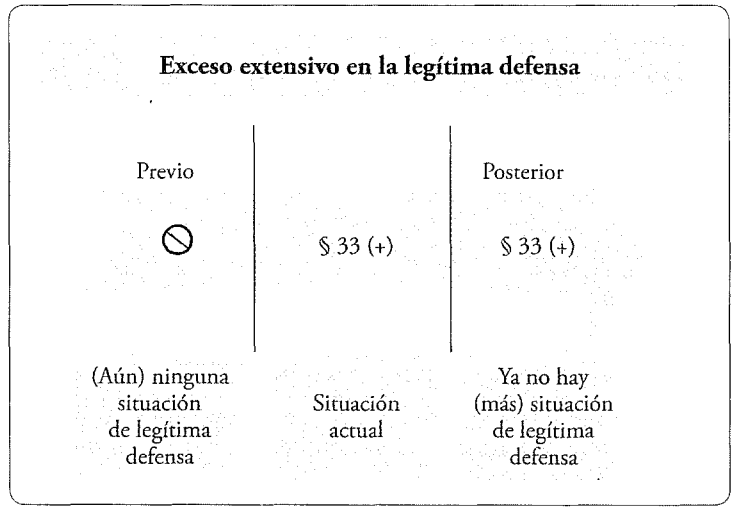
150 Igualmente *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 79; *Kühl*, AT, § 12 n. m. 150; Matt/Renzikowski-*Engländer*, § 33 n. m. 13.

151 RGSt 54, 36; 61, 216; BGH StV 87, 60; *Fischer*, § 33 n. m. 5; *Jäger*, AT, n. m. 196; *Jescheck/Weigend*, AT, § 45 II 4.

152 *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 85 y ss.; S/S-*Perron*, § 33 n. m. 2.

extensivo en la legítima defensa **temporalmente anterior**), el texto claro, que en todo caso requiere de una situación de legítima defensa, se opone a la aplicación del § 33. Justamente, el favorecimiento al autor no se sigue solamente de los impulsos asténicos, más bien, lo decisivo para la reducción del injusto, que subyace en el § 33, es su concurrencia con una situación de legítima defensa[153].

Si, por el contrario, en algún momento se presentó objetivamente una situación de legítima defensa y una acción defensiva tiene lugar aun después de la culminación del ataque, es decir, en un momento en el cual ya no existe la situación de legítima defensa (denominado exceso extensivo en la legítima defensa **temporalmente ulterior**), entonces, no solo la situación psíquica se corresponde con la del exceso intensivo en la legítima defensa. Tampoco el texto del § 33 se opone a su aplicabilidad en estos grupos de casos, puesto que una situación de legítima defensa ya ha existido originalmente en la realidad[154].



153 *Kühl*, AT, § 12 n. m. 141; *Rengier*, AT, § 27 n. m. 19; referido al caso: *el mismo/Jesse*, JuS 08, 47.

154 Igualmente, *Beulke*, Jura 88, 643; *Motsch*, Der straflose Notwehrexzess, 2003, p. 92; Coester-Waltjen-*Noak*, Zwischenprüfung, p. 22; *Otto*, Grundkurs AT, § 14 n. m. 23; *Rengier*, AT, § 27 n. m. 18 s.; *Rosenau*, Beulke- FS, p. 225, 233; *Trüg/Wentzell*, Jura 01, 30, 33 s.; de otra opinión, BGH NStZ 02, 141; SK-*Rogall*, § 33 n. m. 4.

Ejemplo: Los puntapiés contra el agresor, que ha sido golpeado hasta quedar incapacitado para continuar la pelea y que yace inconsciente en el suelo. También quien sabe que el ataque ha culminado, pero continúa lesionando al (anterior) agresor, no tiene que ser sancionado por el correspondiente tipo doloso (por ejemplo, §§ 223, 224), siempre que actúe por error, temor o miedo. No puede hacerse ninguna diferencia si quien actúa en legítima defensa patea una vez fuertemente o en varias ocasiones consecutivas, cuando el agresor ya se ha rendido tras los primeros puntapiés[155].

▶ Casos de ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 222.

c) Elemento subjetivo: De acuerdo con la acertada opinión dominante, para el § 33 no es relevante si el autor ha excedido los límites de la legítima defensa de un modo **consciente** o inconsciente. El texto no prevé ninguna limitación a un exceso inconsciente; además, la inclusión del exceso consciente es adecuada, pues también aquel que sabe lo que hace se puede hallar en una situación psíquica excepcional tan fuerte que al final no se le pueda hacer ningún reproche[156]. Es discutible si el § 33 también se aplica cuando en el comportamiento del autor no subyace ninguna **voluntad defensiva**. Ya para la legítima defensa, con base en el § 32, se exige correctamente —además del conocimiento de las circunstancias que fundamentan la situación de legítima defensa— una voluntad defensiva (v. n. m. 532 y s.). En el exceso de la legítima defensa tampoco es necesario que la defensa sea el único motivo del agredido, pero una disminución del reproche de la culpabilidad personal solo se puede producir cuando el fin defensivo representa un motivo no completamente subordinado[157]. **670**

d) Exceso en la legítima defensa putativa: Si en la realidad no existe en absoluto una situación de legítima defensa, pero el autor se la ha representado, entonces, se habla de legítima defensa putativa. Quien ejerce la legítima defensa se halla en un denominado error sobre el tipo permisivo, el cual tiene que tratarse según las reglas generales del error (v. abajo. n. m. 693 y ss.). Si en una situación de legítima defensa, que en realidad no existe, el autor excede los límites de la defensa que habrían tenido que respetarse si en realidad **671**

155 S/S-*Perron*, § 33 n. m. 7.

156 V., al respecto, BGHSt 39, 133 con obs. *Roxin*, NStZ 93, 335; BGH NStZ 89, 474 con obs. favorables en ese sentido *Beulke*, JR 90, 381; BGH StV 06, 688; *Theile*, JuS 06, 965; crít. S/S-*Perron*, § 33 n. m. 6 (solo comprende el exceso inconsciente).

157 BGH NJW 13, 2133, 2134 con discusión *Satzger*, JK 12/13, StGB § 33/5; BGH NStZ 16, 333 (caso *Flucht*) con reparos *Bosch*, Jura (JK) 16, 702 y *Eisele*, JuS 16, 366, así como *Rückert*, NStZ 16, 334, v. también *Engländer*, HRRS 13, 389, 392; LK-*Zieschang*, § 33 n. m. 48; distinto *Jäger*, JA 13, 708, 710.

el ataque hubiera tenido lugar con esa intensidad, entonces, se habla de un exceso intensivo en una legítima defensa putativa

Ejemplo: A va a pasear a oscuras a través de un camino forestal en medio de un bosque bávaro. Repentinamente, se le aparece B, quien gesticula intensa y de modo incomprensible a A. A piensa que B quiere asaltarlo y se ve desbordado —pues se encuentra completamente solo en el bosque— por el miedo a la situación y, entonces, para protegerse, dispara a B a la cabeza inmediatamente y sin advertencia previa con una pistola que llevaba consigo. B muere. En realidad, B, que se había equivocado, solo quería preguntar por el camino, pero no podía hacerse entender debido a su fuerte dialecto bávaro.

671a Si bien aquí se considera una aplicación análoga del § 33, sin embargo, de acuerdo con una opinión acertada, en casos del exceso putativo en la legítima defensa no queda lugar para el § 33. El § 33 se basa en el § 32 y, por consiguiente, requiere[158] de una agresión **real** (y no solo de una supuesta). Por lo demás, se produciría una fractura dogmática: el sujeto que ejerce la legítima defensa putativa, quien debido a sus impulsos asténicos excede aquí el supuesto derecho de legítima defensa, acabaría —en caso de aplicación del § 33— completamente exento de punibilidad. De acuerdo con la opinión dominante, quien sin abrigar un impulso asténico actúa en legítima defensa putativa, se tendría que responsabilizar por las consecuencias jurídicas de un error sobre el tipo permisivo (v. n. m. 700 y ss.) y, dado el caso, por un hecho imprudente (cfr. § 16 I 2)[159]. El exceso en la legítima defensa putativa es más bien comparable con el denominado doble error, el cual debe ser tratado como un **error de prohibición indirecto** (v. n. m. 714 y s.). Sin embargo, en la constatación de la evitabilidad a efectuarse en el ámbito del § 17, tiene que considerarse si le corresponde relevancia a un posible estado afectivo del autor[160].

672 Si quien se defiende considera erróneamente que la agresión **es actual o que lo sigue siendo**, entonces, también existe un caso de **legítima defensa putativa**, en donde hay que diferenciar, nuevamente (cfr. n. m. 669), si —recién con posterioridad o ya nunca— se produce una situación de legítima defensa,

158 BGH NJW 62, 308; NStZ 83, 453; NStZ 03, 599, 600; NStZ 11, 630; HRRS 16 Nr 5 n. m. 19 y ss. con obs. *Bosch*, Jura (JK) 16, 702 y *Eisele*, JuS 16, 366, 368; v., además, *Berster*, JuS 14, 998; *Engländer*, JuS 12, 408, 409; B. *Heinrich*, AT, n. m. 593; *Momsen/Sydow*, JuS 01, 1197; SK-*Rogall*, § 33 n. m. 5; distinto S/S-*Perron*, § 33 n. m. 8; diferenciadamente, MK-*Erb*, § 33 n. m. 18; *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 96.

159 B. *Heinrich*, AT, n. m. 593.

160 BGH NJW 68, 1885.

que el sujeto que se defiende considera **erróneamente como actual**, no se aplica el § 33. Pues incluso si hubieran existido las circunstancias fácticas que él se representa solo existiría un exceso temporalmente anterior (v. n. m. 669), de modo que no correspondería el § 33. Su error (adicional) no puede cambiar nada aquí.

En cambio, si (al principio) se había presentado una situación de legítima defensa que entretanto ya ha culminado, es decir, que ya no es actual, pero que es considerada **erróneamente como actual** por quien ejerce la legítima defensa, entonces, existe un error sobre el tipo permisivo, el cual hace decaer la culpabilidad dolosa (v. n. m. 704)[161]. El § 33 puede ser relevante únicamente para la responsabilidad por imprudencia que aún permanece abierta[162]: aquel que aún parte de una agresión existente no puede quedar en una situación peor que la de aquel que ha reconocido la culminación de la agresión.

e) Si existe realmente una agresión, pero el agredido yerra respecto a la di- **673**
mensión de aquella, de la acción defensiva o del carácter de requerida de la defensa (por ejemplo: el agredido considera equivocadamente que el ladrón se encuentra armado), entonces, se aplican igualmente las reglas del error sobre el tipo permisivo, cuando las circunstancias erróneamente supuestas en caso de haber existido realmente hubieran justificado el hecho[163] (contra un ladrón armado estaría permitido el uso de armas de fuego luego de un disparo de advertencia). Es decir, respecto al delito doloso, decae la culpabilidad dolosa. En el ámbito del delito imprudente (§ 16.I 2), la valoración de la contrariedad al deber de cuidado depende de la evitabilidad del error: en caso de inevitabilidad, decae una infracción del deber de cuidado; en caso de evitabilidad, por lo regular, la conducta resulta punible, a menos que concurran[164] los requisitos especiales del § 33.

Panorama sobre los requisitos del exceso en la legítima defensa, § 33

1. Existencia de una situación de legítima defensa (discutido en el caso de un exceso extensivo en la legítima defensa).
2. Afecto asténico que es cocausal para la acción concreta.

161 BGH NJW 14, 1121 con discusión *Brüning*, ZJS 14, 206 y *Kudlich*, JA 14, 153.

162 *Jescheck/Weigend*, AT, § 45 II 3; *Köhler*, AT, p. 425; S/S-*Perron*, § 33 n. m. 7; *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 84.

163 BGH StV 99, 143, 145.

164 BGH NStZ 11, 630 con obs. *Hecker*, JuS 12, 465 y *Sinn*, ZJS 12, 124; más profundamente A. H. *Albrecht*, GA 2013, 369; *Engländer*, JuS 12, 408.

3. Exceso de los límites de la legítima defensa: falta de necesidad.
4. Limitaciones respecto al carácter de requerido (discutido).
5. Voluntad defensiva (discutido).

3. El actuar por orden del servicio funcionarial

674 Los funcionarios y los soldados actúan, en muchos casos, como consecuencia de una orden del servicio. Si posteriormente esa disposición o la orden resulta contraria al derecho, entonces, la verificación de una responsabilidad jurídico-penal del superior que emitió la disposición u orden no es por lo regular problemática. Sin embargo, en el caso del subordinado, se discute el si y el cómo pueden ser responsabilizados jurídico-penalmente en caso de esas órdenes de servicio antijurídicas. Aquí tiene que distinguirse entre órdenes **vinculantes** y **no vinculantes**.

675 En el marco de su deber de obediencia, la orden **vinculante** constituye para el subordinado una **causa de justificación**. Incluso, una orden antijurídica que tenga como consecuencia la comisión de un delito o de una contravención administrativa puede ser aquí vinculante y, por consiguiente, desplegar fuerza justificante[165]. Por consiguiente, hay que distinguir entre antijuridicidad y vinculatoriedad[166].

Si quien ha recibido la orden tiene dudas respecto a su conformidad con el derecho, entonces, por regla, tendrá que informarlo en primer lugar a su superior (cfr. §§ 63.II 1, 2 BBG, 36.II 1, 2 BeamtStG). Si los superiores ratifican la orden, entonces, el funcionario la tiene que ejecutar de acuerdo con las leyes funcionariales generales, es decir, aquella es vinculante, aun cuando sea antijurídica. Sin embargo, ella es **no vinculante** cuando, para quien recibe la orden, es posible reconocer que actúa de modo punible o que comete una infracción administrativa, o cuando el comportamiento ordenado lesiona la dignidad humana (§§ 63.II 3, 4 BBG; 36.II 3, 4 BeamtStG). En defecto de vinculatoriedad se excluye una justificación.

165 *Lenckner*, Stree/Wessels-FS, S. 224; *Roxin*, AT I, § 17 n. m. 19; de otra opinión F. *Meyer*, GA 2012, 556; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 298; a favor de una exclusión de la culpabilidad o de una causa de exculpación: *Fischer*, Vor § 32 n. m. 16.

166 Distinto *Amelung*, JuS 86, 329, 337; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 23 n. m. 51; NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 192.

Una **regulación distinta** se halla en aquellos preceptos que conciernen, en especial, a los servidores de la administración penitenciaria y a los soldados. Según aquella, una orden antijurídica frente a estas personas es siempre no vinculante, de modo que se excluye una justificación. Sin embargo, quien recibe la orden solo tiene culpabilidad cuando reconoce o cuando, de acuerdo con las circunstancias, le es evidente que comete un delito (§§ 5.I WStG, 11.II SoldG; 97.II StVollzG; 7.II UZwG) o una infracción administrativa (§ 30.II, III ZDG), o que la orden o disposición es antijurídica (§ 3.V VStGB)[167].

4. Inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma

También la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma puede tener efectos excluyentes de culpabilidad. No obstante, el reconocimiento general de una causa de exculpación de esa clase e indeterminada en cuanto a sus requisitos y límites abriría las puertas a la inseguridad jurídica[168]. En ese sentido, únicamente respecto a los **delitos imprudentes y omisivos** se ve la necesidad de limitar[169] la extensión de los deberes de cuidado y de actuar en el ámbito de la constatación de la exigibilidad. En ese sentido, pertenece al reproche subjetivo de la imprudencia la comprobación de que el autor, según sus capacidades personales y en la medida de sus posibilidades individuales, se hallaba en la situación de reconocer el deber objetivo de cuidado y especialmente que le era subjetivamente exigible seguir ese deber de cuidado[170]. Un efecto regulador similar se realiza en los delitos omisivos, donde, en parte, la "exigibilidad" no se comprueba recién en el nivel de la culpabilidad, sino que representa ya un elemento (limitador) del tipo objetivo. Así, por ejemplo, en el § 323c, la exigibilidad de la ayuda es una limitación típica del demasiado amplio deber para todos, que surgiría en su defecto[171]. **676**

Que los **autores por convicción**, a causa de una concepción ética, religiosa o política, se consideren justificados o, incluso, exentos de punibilidad en razón de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma, no parece convincente al final[172]. En todo caso, el autor no puede colocar su convencimiento privado contra el derecho vinculante para la gene- **676a**

167 BGHSt 53, 145, 161 y ss. (caso *Coesfeld*); *Schwartz*, Handeln aufgrund eines militärischen Befehls, 2007; *T. Walter*, JR 05, 279.

168 Cfr. RGSt 66, 397; AnwK-StGB-*Hauck*, Vorbem. §§ 32 ss. n. m. 35; *Kröpil*, JR 11, 283: LK-*Röman*, Vorbem. § 32 n. m. 327; aA *Jäger*, AT, n. m. 204 ss.

169 Cfr. además BGHSt 6, 46; 11, 135 y 11, 353; BGH NStZ 84, 164; respecto al caso especial de la inexigibilidad por motivos religiosos, v. n. m. 616 y *Kühl*, AT, § 12 n. m. 109.

170 V. al respecto también n. m. 975.

171 Cfr. S/S/W-StGB-*Schöch*, § 323c n. m. 17.

172 Así, bajo referencia al art. 4 GG y BVerfGE 32, 98, bajo estrictos requisitos *Roxin*, Maihofer-FS, p. 389; *el mismo*, GA 2011, 1; igualmente *Jung*, JZ 12, 926, 927 s.; *Luzón Peña*,

ralidad y contravenirlo de modo consciente[173]. A una renuncia a la pena para determinados casos se opone que las motivaciones escapan a una valoración objetiva y, por consiguiente, una limitación no parece posible. Únicamente en la determinación de la pena se puede tratar de considerar los fines y motivos del autor[174].

5. Estado de necesidad exculpante supralegal

677 El 35.I no contiene una regulación definitiva para el estado de necesidad (exculpante). En el 2. StrRG, se ha renunciado, más bien, conscientemente a una regulación legal amplia para no anticiparse a un ulterior desarrollo[175]. Un estado de necesidad exculpante supralegal será considerado para **situaciones excepcionalmente conflictivas**, que no permiten una justificación bajo el aspecto del § 34 ni una exculpación según el § 35. Se trata, ante todo, de la cuestión acerca de si para la salvación de muchas vidas humanas, está permitido sacrificar algunas pocas vidas humanas.

Ejemplo (denominados "casos de eutanasia"): En la época nacionalsocialista, los médicos de los sanatorios se encontraban frente a la alternativa inevitable de participar de manera limitada en la "acción de eutanasia" ordenada por Hitler, eligiendo algunos enfermos mentales (es decir, mediante su inclusión en las denominadas listas de traslado) para salvar con ello a la mayoría de sus pacientes enfermos mentales; o de rechazar cualquier colaboración con esa operación secreta antijurídica, con la posible consecuencia de que los médicos fieles al régimen ocuparan sus lugares y dejaran el camino libre a esa obra de exterminio. Una parte de estos médicos eligió entonces la primera vía, en el marco de un genuino conflicto de conciencia[176].

Un efecto exculpante se deja explicar mejor también por medio de una **disminución del injusto y de la culpabilidad (incluso doble)** (sobre el § 35 cfr. n. m. 653)[177]. Matar personas para salvar una cantidad considerablemente mayor de personas no elimina —como se ha visto— el desvalor del

Wolter-FS, p. 431; *Böse* considera, en caso de decisiones sustentadas en creencias y en la conciencia, una justificación con base en el § 34, cfr. *Böse*, ZStW 113 [2001], 40.

173 Acertadamente B. *Heinrich*, AT, n. m. 530; *Hirsch*, Strafrecht und Überzeugungstäter, 1996, p. 27; diferenciadamente *Ebert*, Der Überzeugungstäter in der neueren Rechtsentwicklung, 1975, p. 52, 66, 84; *Radtke*, GA 2000, 19; MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 259 s.; *Tenckhoff*, Rauscher-FS, p. 437.

174 B. *Heinrich*, AT, n. m. 530.

175 *Horstkotte*, Protokolle des Sonderausschusses des Deutschen Bundestages für die Strafrechtsreform, V p. 1849 s.; cfr. también S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 115; MK-*Schlehofer*, Vor § 32 n. m. 270; T. *Zimmermann*, Rettungstötungen, p. 268 s.

176 Cfr. BGH NJW 53, 513; al respecto, v. también *Koch*, JA 05, 745.

177 V. también S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 n. m. 116; LK-*Rönnau*, Vor. § 32 n. m. 346; *Kühl*, AT, § 12 n. m. 98 con una referencia adicional a la falta de "necesidad

resultado, sin embargo, tiene que reducirlo. En vista del fin de salvación que se persigue también se aminora el desvalor del comportamiento. Por consiguiente, al contenido de desvalor que queda reducido con ello le corresponde una (primera) reducción de la medida de la culpabilidad. Esta será reducida en un segundo momento por el hecho de que el autor se halla aquí en un conflicto de conciencia realmente irresoluble, pues, si deja que las cosas sigan su cauce —en todo caso ante sí mismo— tendría que responder por una pérdida de vidas cuantitativamente mucho más grande. Bajo estas circunstancias, en la decisión de matar (menos) para salvar (a muchos) precisamente no se manifiesta ninguna actitud reprochable. Un reproche de culpabilidad estaría fuera de lugar[178].

a) "Situación de un estado de necesidad supralegal": La causa de exculpación supralegal adquiere su relevancia, ante todo, cuando la vida de una o de muchas personas se halla ante un **peligro actual** y este peligro solo puede ser superado mediante la intervención en la vida de otro. Que esta constelación solo puede ser solucionada regularmente "fuera de la ley" se explica porque, en tales constelaciones, fracasa una justificación según el § 34 y con base en el principio de la protección absoluta de la vida —el cual no permite una ponderación cualitativa ni cuantitativa de la vida (v. n. m. 464 y ss.)—, y porque una exculpación, según el § 35.I 1, tiene que excluirse, por lo regular, debido a la ausencia de una relación cercana. **678**

Sin embargo, el estado de necesidad supralegal tiene que estar reservado para casos absolutamente excepcionales. A diferencia del § 35 I 1, no existe una delimitación por medio de una reducción de índole personal, de modo que, para la salvaguardia del carácter excepcional, parece necesario restringir el círculo de los bienes protegidos y limitar estos necesariamente a la **protección de la vida**[179].

b) Acción necesaria: Con base en el § 35 I 1, la acción del estado de necesidad tiene que ser el **medio relativamente más benigno** para conjurar el **679**

preventiva"; aduciendo lo último como fundamentación *Kaspar*, AT, n. m. 473, así como *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 148 (este prefiere una exclusión de responsabilidad supralegal).

178 Así, apropiadamente S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 n. m. 116; claramente respecto a otros planteamientos explicativos NK-*Neumann*, § 35 n. m. 56 y ss.

179 Así también *Kühl*, AT, § 12 n. m. 99; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 n. m. 117; en cambio, más ampliamente LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 352 (también "integridad o libertad") y *Jakobs*, AT, 20/42 (otros bienes jurídicos de "relevancia existencial"); va aún más allá OLG Hamm NJW 1976, 721 s.

peligro actual para la vida (cfr. n. m. 658 y s.). Adicionalmente a ello, en la aplicación correspondiente del § 35 I 2, tiene que prestarse atención, como criterios limitadores, a los deberes de soportar el peligro allí contenidos (cfr. n. m. 660 y ss.). Para respetar el absoluto carácter excepcional del estado de necesidad exculpante supralegal y lograr su restricción a situaciones conflictivas extraordinarias también tiene que prestarse atención a lo siguiente:

679a **aa) Comunidad de peligros del bien sobre el que se interviene y el bien que se protege:** El sacrificio de una vida humana para proteger otra solo no se le puede reprochar al autor cuando tanto el bien que se protege como el bien sobre el que se actúa ya "están vinculados el uno al otro", es decir, en cada uno de los casos están expuestos a un peligro y el autor se halla aún ante la decisión acerca de si sacrifica las vidas humanas que de todos modos ya se encuentran condenadas, a favor de un número claramente mayor de vidas por salvar. Las personas que hasta ese momento no han sido puestas en peligro no pueden ser sacrificadas para la solución del conflicto.

En los "**casos de eutanasia**" (v. n. m. 677), se muestra una inusual comunidad de peligros para la vida. Sin la actuación de los médicos, otros médicos fieles al régimen habrían tomados sus lugares y habrían dado pase libre a la obra de aniquilación, mientras que, mediante el sacrificio de la vida de una pequeña parte de pacientes, pudo salvarse a una gran parte de los pacientes que se encontraba en una "comunidad de peligros". Si el autor toma su decisión con la mejor conciencia y su comportamiento, determinado por un fin de salvación, representa bajo las circunstancias existentes el único medio para impedir la pérdida de una cantidad aún mayor de vidas, entonces, el ordenamiento jurídico no puede imponer un reproche de culpabilidad. Por consiguiente, en la literatura[180] —y aisladamente en la jurisprudencia[181]— se reconoce acertadamente en esta constelación de casos un estado de necesidad supralegal.

180 *Gallas*, Beiträge zur Verbrechenslehre, 1968, p. 59; *Jescheck/Weigend*, AT, § 47 I; *Krey/Esser*, AT, n. m. 774; *Küper*, Pflichtenkollision, p. 30, 62 y ss.; *el mismo*, JuS 81, 785, 793; *el mismo*, JZ 89, 617; rechaza ello *Mitsch*, JA 06, 515; *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 147 (negación de la responsabilidad, cfr. *supra* n. m. 623); a favor de un efecto únicamente reductor de la culpabilidad: MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 272; otros aunque se sujetan a la reprochabilidad jurídica de la muerte, sin embargo, llegan igualmente a la ausencia de punibilidad considerando posible, en estos casos del denominado estado de necesidad que compromete vidas desde una perspectiva cuantitativa, una causa personal de exclusión de la pena, v. *Oehler*, JR 51, 492; *Peters*, JR 49, 497;

181 OLG Hamm NJW 76, 721, 722; analizado (aunque rechazado) por LG Frankfurt a.M. NJW 05, 692, 695 (caso *Daschner*); v. también OGHSt 1, 321 (afirmación de una causa personal de exclusión de la pena); dejada abierta en BVerfG NJW 06, 751, 759 (*Luftsicherheitsgesetz*); BGHSt 35, 347, 350 (caso *Katzenkönig*).

Los mismos aspectos corresponden en relación con la orden estatal de **derribar un avión secuestrado por terroristas**, cuando esto se realiza a cambio de muchas vidas de otras personas: 679b

Ejemplo: El terrorista T toma violentamente un avión ocupado por 250 pasajeros y no se deja persuadir ni mediante una comunicación radial ni mediante maniobras de la fuerza aérea para alejarlo de su plan de estrellar el avión contra una sala de conciertos ocupado por 2 200 asistentes. Puesto que ya no alcanza el tiempo para una evacuación de la sala, P, piloto de un jet de combate, completamente informado de la situación, decide derribar el avión de pasajeros pocos minutos antes de que este se estrelle contra la sala. Como consecuencia de ello mueren todos los ocupantes del avión. Ningún asistente a la sala de conciertos resulta lesionado.

La muerte de los pasajeros y de la tripulación a bordo del avión no se puede justificar. Si bien P actúa en legítima defensa de terceros (§ 32), es decir, a favor de las personas que se hallan en la sala de conciertos y resultan amenazadas por el avión, sin embargo, una agresión solo parte del terrorista T, es decir, que solo existe una situación de legítima defensa frente a él. El estado de necesidad justificante (§ 34) tampoco se aplica, puesto que la vida humana —también la que se halla condenada a la muerte— se encuentra protegida de modo absoluto y, por ello, está excluida de una ponderación frente a otra vida (n. m. 466 y s.). Puesto que finalmente la causa de justificación del § 14.III LuftSiG, instaurada de modo extra para este grupo de casos, ha sido declarada inconstitucional por el BVerfG (también, al respecto, n. m. 467), la solución aún puede buscarse en el ámbito de la culpabilidad. La aplicación del estado de necesidad exculpante, en el sentido del § 35, fracasa ya por la ausencia de una relación cercana entre P y los asistentes a la sala de conciertos. Por eso, para la fundamentación de la ausencia de punibilidad, solo viene en consideración la asunción de un estado de necesidad exculpante supralegal[182]. Los asistentes a la sala de conciertos amenazados y los inocentes pasajeros que han sido sacrificados (incluyendo la tripulación) constituyen una "comunidad de peligros", donde de todos modos morirán las personas del avión. Bajo tales circunstancias, no se puede imponer un reproche de culpabilidad si en casos extremadamente excepcionales se sacrifica la vida de pocas personas "condenadas a muerte" para salvar una cantidad mucho mayor de vidas. No obstante, en el concreto caso del secuestro del avión por terroristas, surgen *problemas de prognosis* adicionales. ¿Quién puede —bajo algunas circunstancias en pocos minutos— llevar a cabo una afirmación confiable acerca de cómo se seguirán desenvolviendo los hechos y cuántas personas morirán en el avión o en las instalaciones a las que posiblemente este será dirigido? Si tras una decisión de derribar el avión, se pone de relieve con posterioridad que, en realidad, no existía una "situación de necesidad sin alternativa" para los pasajeros del avión, puede afirmarse un error sobre los requisitos fácticos de una causa de exculpación, en aplicación correspondiente del § 35 II (cfr. n. m. 716 y ss.)[183].

182 En este sentido, también *Jäger*, JA 08, 684; *Jakobs*, Krey-FS, p. 207; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 34 n. m. 8; *Roxin*, ZIS 11, 552 (negación de la responsabilidad, cfr. n. m. 623); en contra *Bott*, In dubio pro Straffreiheit?, 2011, p. 272.

183 S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 16 n. m. 31; rechaza esto *Kaspar*, AT, n. m. 479.

679c Intensamente discutida es también la presencia de una causa de exculpación supralegal en casos de **torturas para rescate**, en los cuales, sin embargo, se excluye una justificación de acuerdo con la opinión aquí defendida (v. n. m. 427)[184]. Según una opinión acertada, no concurren los requisitos de una exculpación de antemano por falta de una comunidad de peligros entre el afectado por la tortura y las personas a salvar[185].

679d **bb) No desviación del peligro hacia personas que no se encontraban en una situación de peligro:** No obstante, el estado de necesidad supralegal no se presenta cuando, para solucionar el conflicto, el autor no extingue las vidas que ya se encuentran perdidas, sino que, más bien, "casi como dios", involucra a quienes hasta ese momento no han sido puestos en peligro (o sea, quienes no se hallan en una comunidad de peligros respecto a los protegidos).

Todos los "**casos de sacrificio**" discutidos hasta ahora bajo el aspecto del estado de necesidad exculpante supralegal poseen como condición que las personas a las que se da muerte ya "estuvieran perdidas de algún modo". Por el contrario, hay que rechazar un estado de necesidad exculpante supralegal cuando para salvar a un número mayor de personas se sacrifica una o varias **vidas humanas** que hasta ese momento **no se encontraban bajo peligro**. En vista de la igualdad de valor de todas las vidas, la creación de un peligro completamente nuevo para una persona constituye un reprochable "juego con el destino", que la comunidad no debería dejar exento de pena[186].

Ejemplo (*caso Weichensteller*): El guardagujas W observa que un tren se dirige con gran velocidad contra un grupo de cien personas. Para evitar la muerte segura de estas personas, W desvía el tren hacia otro riel, en el cual muere "solo" un trabajador encargado del mantenimiento de la vía[187]. Puesto que, en esta constelación, la vida de ese trabajador (a diferencia del ejemplo anterior, v. 679b) aún no había sido puesta en peligro —por lo tanto, no existía una comunidad de peligros con las personas salvadas—, de acuerdo con la opinión que aquí se defiende, se excluye una exculpación[188].

184 Cfr. *Ambos*, Loos-FS, p. 5, 13; *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 168.

185 V. también NK-*Neumann*, § 35 n. m. 62b; respecto a la discusión —también respecto a los denominados casos de "bomba de relojería"— *Roxin* AT/I 22/166 y ss.

186 Como aquí: *Steinberg/Lachenmaier*, ZJS 12, 649, 653, *Zieschang*, JA 07, 675, 685; en el resultado también *Roxin*, I 22/162; de otra opinión *Kaspar*, AT, n. m. 479; *Kühl*, AT n. m. 105; LK-*Rönnau*, Vorbem. § 32 n. m. 347; SK-*Rudolphi*, Vorbem. § 19 n. m. 8; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 n. m. 129.

187 Según *Welzel*, ZStW 63 [1951], 51; al respecto también *Jäger*, AT, n. m. 207 s.; *el mismo*, ZStW 115 [2003], 779; *Koch*, JA 05, 745; *Mitsch*, GA 2006, 11; *Zieschang*, JA 07, 679, 685.

188 Como aquí: *Steinberg/Lachenmaier*, ZJS 12, 649, 652; *Zieschang*, AT, n. m. 389; *el mismo*, JA 07, 679, 685; *T. Zimmermann*, Rettungstötungen, p. 287; en el resultado también *Ro-*

cc) Decisión a favor del mal menor: Finalmente, para solucionar la situación conflictiva, el autor tiene que haber elegido el "mal menor" desde un punto de vista objetivo —es decir, numérico—. Esto muestra especialmente la constelación referida al derribo de un avión (v. n. m. 679b), en la que, en comparación con una inactividad, P salva a los (en caso contrario perdidos) asistentes al concierto de una muerte segura. Lo mismo vale para los casos de eutanasia, en los cuales el comportamiento del médico impidió la muerte de una multitud de otros enfermos. 679e

c) Elemento subjetivo: En un sentido subjetivo, el autor tiene —como en el § 35 (v. supra n. m. 662)— que actuar con voluntad de conjurar el peligro. 680

Panorama sobre los requisitos del estado de necesidad exculpante extralegal 680a

1. Requisitos objetivos
   a) Situación de necesidad: peligro actual para la vida (¡exclusivamente!, discutido).
   b) Acción necesaria:
      — Necesidad
      — Elección del "mal menor", desde una perspectiva objetiva
      — Comunidad de peligros: el peligro no puede ser desviado a alguien que, hasta ese momento, no se encontraba en peligro
      — Ningún deber de soportar el peligro de quien es objeto de salvación, § 35 I 2 en lo que corresponda.
2. Requisito subjetivo: Voluntad de conjurar el peligro.

Jurisprudencia actual sobre el § 13:

— BGH NStZ 15, 634: Además del grado de concentración alcohólica en la sangre, para la valoración de una disminución relevante de la capacidad de conducción, también son relevantes los criterios de diagnóstico psicológico. Sin embargo, en especial en caso de autores habituados al alcohol, la ausencia de signos de disminución será poco adecuada para contrarrestar el efecto indiciario de la concentración del alcohol en la sangre; cfr. n. m. 629.

— BGHSt 57, 247 con observ. *Kudlich*, JA 12, 871: No existe una regla de la experiencia segura que indique que, a partir de un determinado valor de

xin, AT I 22/162; de otra opinión *Kaspar*, AT, n. m. 479; *Kühl*, AT, n. m. 105; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 347; SK-*Rudolphi*, Vor § 19 n. m. 8; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 10 n. m. 129.

concentración de alcohol en la sangre, tenga que partirse de una capacidad de conducción limitada en el momento de la comisión del hecho y, con ello, de una imputabilidad disminuida en el sentido del § 21. Aunque, de todos modos, el grado de concentración de alcohol en la sangre puede ser un indicio probatorio importante; sin embargo, le corresponderá menor relevancia mientras más sean los otros indicios probatorios de diagnóstico psicológico que estén a disposición. Al final, lo determinante es una visión general de todas las circunstancias esenciales objetivas y subjetivas; cfr. n. m. 631.

— BGH NStZ 16, 203: Sobre el rechazo de una atenuación de la pena, según los §§ 21, 49 I, cuando la disminución relevante de la imputabilidad del autor solo se basa en una embriaguez causada por su propia culpa; cfr. n. m. 631.

— BGH NStZ 12, 85 con obs. *Hecker*, 12, 365: Si el autor parte erróneamente de que el individuo a quien se le ha dado muerte ha solicitado que se le dé muerte de forma seria, se aplica el § 16.II, de modo que, en el resultado, puede igualmente aplicarse a su favor el privilegio del § 216; cfr. n. m. 644, v. también n. m. 359a.

— BGH NJW 13, 2133 con obs. *Satzger*, JK 12/13, StGB § 33/5: El § 33 solo puede —al igual que el § 32— ser aplicado cuando el autor ha actuado con conocimiento de la situación de legítima defensa y con voluntad defensiva; cfr. n. m. 670.

— BGH NStZ 16, 84 m. Bespr. *Hecker*, JuS 16, 177: También existe lugar para la aplicación del § 33 cuando, como consecuencia de la situación de legítima defensa cocausada culpablemente por el agredido (de otro modo, provocación reprochable a la legítima defensa), solo existe un derecho de legítima defensa, según el § 32, limitado; cfr. n. m. 668.

— BGH NStZ 16, 333 (caso *Flucht*) con obs. *Bosch*, Jura (JK) 16, 702 y *Eisele*, JuS 16, 366, así como *Rückert*, NStZ 16, 334: **(1)** Una exculpación, según el § 33 StGB, requiere de la existencia de una situación objetiva de legítima defensa. En casos de una legítima defensa putativa, es decir, entre otros, en una situación de legítima defensa erróneamente supuesta, no es aplicable el precepto del § 33 StGB. **(2)** Además de ello, los afectos asténicos tienen que ser la causa de que el autor que percibe la agresión sobrepase los límites de la legítima defensa, teniendo al mismo tiempo que actuar con voluntad defensiva; cfr. n. m. 671 s.

— BGH NJW 14, 1121 con obs. *Kudlich*, JA 14, 153: Si el autor no reconoce que la agresión contra él culmina y que, entonces, la situación de legítima defensa, al principio existente, ha decaído con el transcurso de la pelea porque cree erróneamente que el agresor únicamente finge la incapacidad, entonces,

aunque se excluye una justificación, según el § 32, sin embargo, existe un error sobre el tipo permisivo en la forma de una legítima defensa putativa, el cual tiene que tratarse "como" un error de tipo, es decir, según el § 16 I 1, de modo que, en caso de una reprochabilidad del error, viene en consideración una sanción por la comisión imprudente del hecho; cfr. n. m. 672; además n. m. 487 y n. m. 704.

§ 14. Teoría del error

Caso n.° 14 681

En el terreno de E, hay un árbol alto cuyas hojas caen en el jardín colindante de A con el viento de otoño. A le ha ofrecido en varias ocasiones a E (quien hasta entonces se ha negado) a retirar el árbol a su propio costo. Durante un viaje de vacaciones de E, A retira el árbol y lo corta con una sierra, luego de ello, almacena ordenadamente la madera para E. La motosierra utilizada por A le fue prestada por B, quien conocía el propósito de A. Mientras que B suponía que E no había aprobado el proceder de A, es decir, que este actuaba por su propia iniciativa, A estaba convencido de actuar con el consentimiento de E. A había recibido una nota firmada por E antes de su viaje con el siguiente contenido: "¡Estoy de acuerdo con su propuesta; por favor, hágase cargo de todo durante mi ausencia!". Sin embargo, la nota no tenía nada que ver con el corte del árbol y el repartidor la había colocado equivocadamente en el buzón de A como consecuencia de un error, pues el sobre no tenía la dirección. E queda horrorizado cuando, a su regreso, se entera de lo sucedido.

¿Es A responsable de daños materiales y B por complicidad? (**n. m. 681a, 693a, 695a, 696b, 697a y 705a**).

I. Panorama

681a

En el **caso n.° 14**, el derribo del árbol por parte de A configura el tipo de daños materiales (§ 303. I). La acción también era antijurídica, puesto que falta un consentimiento efectivo de E. Aquí surge la cuestión acerca de la relevancia de que A asuma erróneamente un consentimiento de E.

682

Tanto en la vida real como en las constelaciones jurídico-penales sometidas a su evaluación, el autor sucumbe frecuentemente en representaciones erróneas. En qué medida dichas representaciones tienen consecuencias sobre la valoración jurídico-penal del delito constituye una cuestión de la doctrina del

error. Aquí se pueden distinguir las más diversas constelaciones[1]. Las representaciones erróneas pueden afectar aspectos pertenecientes a todos los niveles del delito, incluso, alcanzar los requisitos de la persecución penal. Además, se puede diferenciar de modo genérico si la representación errónea del autor se basa en su percepción errónea de las **circunstancias fácticas** o si tiene sus raíces **en lo jurídico**. No obstante, esta distinción es difícil de realizar en casos límite (v. n. m. 714 y ss. respecto al error doble, n. m. 692 respecto al error sobre elementos normativos del tipo).

El siguiente panorama ofrece una primera vista general sobre los puntos de referencia imaginables de los errores posibles:

Punto de referencia del error	Error sobre circunstancias fácticas	Error sobre normas
Tipo	Error de tipo (cfr. n. m. 356 y ss.)	Error de prohibición directo (cfr. n. m. 687 y ss.)
Antijuricidad	Error sobre el tipo permisivo (cfr. n. m. 693 y ss.)	Error de prohibición indirecto / error de permisión (cfr. n. m. 708 y ss.)
Culpabilidad	Error sobre una circunstancia exculpante (cfr. n. m. 716 y ss.)	Error sobre una norma de exculpación (cfr. n. m. 722 y s.)
Causas personales de exclusión de la pena	Error sobre una circunstancia excluyente de la pena (cfr. n. m. 730 y ss.)	Error sobre la existencia o límites jurídicos de las causas de exclusión de la pena (cfr. n. m. 735)
Condiciones para la persecución penal	Error sobre la no concurrencia fáctica de las condiciones para la persecución penal (cfr. n. m. 736)	Error sobre la existencia o los límites jurídicos de las condiciones de la persecución penal (cfr. n. m. 736)

1. Errores referidos al tipo: error de tipo vs. error de prohibición directo

683 Si, durante la comisión del hecho, el autor no conoce una circunstancia fáctica que pertenece al tipo legal, entonces, existe un **error de tipo**, también llamado error sobre una circunstancia del hecho (§ 16. I 1). Este error hace decaer la punibilidad dolosa. Sin embargo, una sanción con base en el delito

1 V., respecto a la distinción, también n. m. 1144 y ss.

imprudente —en caso de que esté previsto legalmente— sigue siendo completamente posible con base en el § 16.I 2 (v. n. m. 356 y ss.).

Si, en cambio, el autor sabe lo que hace (típicamente), pero cree (a causa de un error) que su comportamiento no estaría abarcado por la prohibición que se expresa en el tipo penal, entonces, sucumbe a un **error de prohibición (directo)** (§ 17). Este "considerar permitido" el comportamiento, a pesar de un conocimiento completo de las circunstancias del hecho, puede surgir porque el autor no conoce la norma de prohibición, la considera no vigente o la interpreta de modo erróneo, de modo tal que considera que su comportamiento, realmente prohibido, se encuentra jurídicamente permitido (v. n. m. 687 y ss.).

Ejemplos: Si el cazador J piensa erróneamente que el objeto que tiene en la mira y a quien pega un tiro es un ciervo, aun cuando se trata del vagabundo O, entonces, existe un error de tipo en el sentido del § 16.I (*error in obiecto*). Esto es distinto si el vándalo V considera que la pared de la casa que garabatea no sería un objeto de la acción idóneo para los daños materiales, puesto que el § 303.I solo abarcaría cosas muebles. En la primera constelación, J sucumbe a un error sobre circunstancias fácticas respecto al objeto de la acción "persona" en el sentido del § 212.I; en cambio, en la segunda constelación si bien V comprende completamente las circunstancias fácticas, las subsume erróneamente bajo la norma de prohibición del § 303.I.

2. Error sobre la concurrencia de causas de justificación: error de tipo permisivo vs. error de permisión

El autor se puede equivocar respecto a que su hacer típico se halla cubierto por una causa de justificación y, por consiguiente, que se encontraría excepcionalmente permitido en la situación concreta. Su representación defectuosa puede también en este ámbito estar referida a circunstancias fácticas, es decir, a las condiciones materiales de una causa de justificación (el **suceso** justificante) o alcanzar a las condiciones normativas de la causa de justificación (el **derecho** de justificación). **684**

Si el autor considera erróneamente la existencia de circunstancias que, en caso de existir, realmente justificarían el hecho, sucumbe a un **error sobre el tipo permisivo**. Esta constelación de error, basada en las condiciones fácticas de una causa de justificación reconocida, da lugar —en ausencia de una regulación legal— a complejas cuestiones respecto a la consecuencia jurídica (v. n. m. 693 y ss.).

De esto hay que distinguir el error que se refiere a los requisitos normativos de las causas de justificación. Este se denomina como **error de prohibición indirecto** o, de un modo más gráfico, puesto que se trata de circunstancias normativas de una causa de justificación como "norma de permiso", como **error de permisión**, el cual está regulado en el § 17. Si el autor yerra sobre la existencia jurídica de la causa de justificación se habla de un error sobre la norma de permiso; si yerra sobre sus límites jurídicos, de un error sobre los límites del permiso (v. n. m. 708 y ss.).

Ejemplos: A divisa en la zona peatonal a P, quien luce bastante desaliñado y corre apresurado desde una tienda cara de ropa de moda. Para obstruir al supuesto "ladrón", A derriba a P al suelo. En realidad, P no había hurtado nada y solo quería alcanzar a tomar el siguiente tranvía. En esta constelación, A yerra sobre el requisito fáctico del derecho de detención de cualquiera, previsto en el 127.I StPO, que exige, según la opinión dominante, un hecho realmente cometido (v. n. m. 601) y, por consiguiente, sucumbe —puesto que el § 127.I StPO, en caso de un hecho realmente cometido, permite una tal acción de detención— ante un error sobre el tipo permisivo. A diferencia de esto existiría un error sobre (los límites) del permiso, si, aunque en realidad P hubiera cometido el hurto en la tienda, A le hubiera disparado en el muslo con el fin de detenerlo y hubiese estado convencido de que hacía ello al amparo del derecho de detención, según el § 127.I StPO. Sin embargo, esto no se aplica si A hubiera excedido erróneamente el § 127.I StPO, el cual no incluye el uso de armas de fuego para la detención.

3. Error sobre la concurrencia de causas de exculpación

685 Las representaciones defectuosas paralelas también pueden ser relevantes en el ámbito de las causas de exculpación. Aquí hay que distinguir el **error sobre el suceso exculpante** —regulado de modo expreso en el § 35.II únicamente para el estado de necesidad exculpante—, en el cual el autor yerra sobre las condiciones fácticas de una causa de exculpación reconocida (v. n. m. 716 y ss.).

Por otro lado, la representación errónea también se puede extender a la existencia o dimensión de una causa de exculpación, tratándose, entonces, de un **error sobre la norma de exculpación** (no regulado en el StGB e irrelevante, según la opinión dominante) (v. n. m. 722 y s).

Ejemplos: Cuando V iba en su auto a su casa repentinamente aparece corriendo frente a él un niño, que V cree erróneamente que es su hijo S, puesto que era del mismo tamaño que S, tenía el mismo cabello de color rojo y —como S— llevaba una camiseta del Bayern Múnich y, además, una gorra que hacía juego con ella. Para salvar al supuesto S, y a falta de otras

posibilidades de salvación, V dirige su auto contra una multitud de personas que se encontraba al lado, matando como consecuencia de ello a diversas personas. En esta constelación, debido a la confusión de personas que opera en la realidad, respecto al elemento "pariente" del § 35.I, existe un error sobre el suceso exculpante (§ 35.II). A diferencia de esto, existe un error sobre la norma de exculpación cuando el perro Calli, a quien V quiere mucho, se sienta sobre la calle y V asume que también le estaría permitido realizar una tal maniobra de salvación a favor de su mascota.

4. Error sobre las causas personales de exclusión de la punibilidad/ condiciones de la persecución penal

Las representaciones erróneas del autor también pueden producirse en determinadas constelaciones más allá de los niveles delictivos del tipo, la antijuridicidad y culpabilidad. 686

Si el autor yerra respecto a la existencia de las condiciones materiales de **las causas personales de exclusión de la pena** (por ejemplo, la posición de parentesco en el § 258.VI) o sobre su existencia o límites jurídicos, entonces, surge la cuestión respecto a si hay que conceder a esas representaciones defectuosas una relevancia jurídica (v. n. m. 730 y ss.).

Ejemplo: V, quien es el prometido de F, ayuda a esta a irse al extranjero tras el asalto a un banco. Luego del hecho, V se entera que, en el momento de su colaboración, el compromiso era nulo y, por ello, que él no era un pariente en el sentido del § 258.VI; en este caso, existe un error acerca de la existencia de una circunstancia excluyente de pena. En cambio, existe un error sobre los límites jurídicos de una causa de exclusión de la pena, si V ayuda a su mejor amigo B a huir del país tras el atraco a un banco, pues piensa que "pariente", en el sentido del § 258.VI, comprendería a toda "persona cercana" al autor.

Un **error sobre las condiciones de persecución penal** existe cuando el autor yerra sobre las circunstancias que afectan la posibilidad de la persecución penal o cuando aquel sucumbe ante un error sobre la existencia o los límites jurídicos de una condición de la persecución penal o de un obstáculo procesal (v. n. m. 736).

Ejemplo: M sustrae 5 000 € del ropero de su esposa F. Él asume que se trataría del resto de la ganancia de una lotería jugada por F y está seguro que F no presentaría nunca la querella que, según el § 247, es necesaria para una persecución penal. En realidad, el dinero pertenece a la vecina N. Aquí M asume erróneamente una circunstancia que fundamentaría la necesidad de una querella como condición de la persecución penal.

II. Error de prohibición directo

1. Requisitos

687 Si el autor parte erróneamente de que su comportamiento típico estaría permitido porque no se encontraría abarcado por la prohibición que se expresa en el tipo penal inmediatamente afectado, entonces, sucumbe ante un **error de prohibición (directo)**. Un error de prohibición, en el sentido del § 17, no es, sin embargo, solo la representación positiva de que el hecho estaría permitido, sino también la **falta de comprensión del injusto** basada en una ausencia de representación. No obstante, la comprensión de realizar el injusto no puede ser equiparada con el conocimiento de la punibilidad de un determinado comportamiento; únicamente es necesario que el autor reconozca como injusto la específica infracción jurídica abarcada por el tipo penal[2].

687a **a)** Un error de esa clase, sobre la prohibición jurídica como tal, puede existir, entre otros supuestos, cuando el autor **no conoce la norma de prohibición** que es afectada de modo inmediato por su hecho.

Ejemplo: En los años 90, A conducía en Múnich un próspero negocio de prestación de ayuda en casos de suicidio, la cual consistía en entregar a quienes deseaban suicidarse los medicamentos necesarios para ello. Después de vivir por bastante tiempo en el extranjero, A regresa en el año 2016 a Múnich y reinicia ese negocio, desconociendo que, entretanto, ha entrado en vigor el § 217, según el cual la colaboración profesional del suicidio ha sido conminada con pena.

687b **b)** Además, hay que clasificar como error de prohibición directo aquellas representaciones defectuosas, por medio de las cuales el autor considera que una norma **de prohibición existente no está vigente**.

Ejemplo: A se alegra cándidamente por las declaraciones de la canciller, de acuerdo con las cuales las ofensas contra órganos y representantes de estados extranjeros (§ 103) no deberían ser conminadas con pena. Suponiendo que la "situación jurídica" había cambiado, escribe en un sitio de Internet textos ofensivos sobre presidentes extranjeros.

687c **c)** La constelación más relevante del error de prohibición directo corresponde a aquellos casos en los que el autor, como consecuencia de su interpretación defectuosa de la norma de prohibición, concibe representaciones erróneas

2 BGHSt 15, 377, 383; 45, 97, 101 con anot. *Dölling*, JR 00, 379; v. también *Cornelius*, GA 2015, 101; *Laubenthal/Baier*, GA 2000, 205, 212; *Neumann*, BGH-Wiss-FS, p. 83, 95 y ss.; *el mismo*, StV 00, 425.

sobre su ámbito de validez y, por tal razón, considera que su comportamiento se encuentra jurídicamente permitido[3]. En ese sentido, se habla de un **error de subsunción**[4].

Ejemplo (v. n. m. 683): El vándalo V considera que la pared de una casa pintarrajeada por él no constituye un objeto idóneo de los daños materiales, puesto que el § 303.I solo abarcaría cosas muebles. Si bien V conoce completamente las circunstancias del hecho y también reconoce la correspondiente norma de prohibición, sin embargo, la interpreta erróneamente, de modo que cree equivocadamente que no comete daños materiales.

2. Consecuencias jurídicas (especialmente de la evitabilidad del error de prohibición)

Según el § 17, el error de prohibición, a diferencia del error de tipo (v. § 16), no tiene influencia sobre el dolo típico, más bien, el autor solo actúa **sin culpabilidad** cuando durante la comisión del hecho le falta (de modo inevitable) la comprensión de que realiza un injusto. 688

Con ello, la **conciencia del injusto** (actual o potencial) afectada por el error de prohibición —distanciándose de la antiguamente defendida teoría del dolo[5]— es clasificada como un **elemento de la culpabilidad independiente**, desprendido del dolo típico. Por eso, se denomina a esta concepción como **teoría de la culpabilidad**. 689

Tal contraposición y tratamiento completamente distinto del **error de tipo** y del **error de prohibición** se ha impuesto recién en los años 1950. 689a

Partiendo del principio de que el reproche de la culpabilidad no dependería de la conciencia de la antijuridicidad, el Tribunal del Reich distinguía entre el **error de hecho** (= error sobre circunstancias fácticas) y el **error de derecho** (= error sobre conceptos jurídicos). La aplicabilidad de la antigua versión del § 59 (= § 16.I nueva versión) fue limitada al error de hecho; un error de derecho debía, en general, ser irrelevante. Sin embargo, por razones de equidad, el RG hizo una excepción para el **error de derecho "extrapenal"**, el cual, de

3 En cambio, no es suficiente con el mero error sobre la relevancia jurídico-penal del comportamiento reconocido como antijurídico, v. *Kudlich/Oğlakcıoğlu*, JA 15, 426, 429.

4 Respecto a la delimitación entre error de tipo y error de subsunción en los denominados "elementos normativos del tipo", v. n. m. 352, 692.

5 Respecto a la teoría "estricta" del dolo, v. *Baumann*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5.ª ed., 1968, p. 420 y ss.; *Schröder*, ZStW 65 [1953], 178, 192; respecto a la teoría "limitada" del dolo, v. *Mezger*, NJW 51, 500; 53, 2; *Schönke*, StGB 4.ª ed., § 53 Anm. VI 1 b.

forma análoga al § 59 (antigua versión), se equiparaba al error de hecho excluyente de dolo[6]. Por eso, solo quedaba completamente fuera de consideración el **error de derecho "jurídico-penal"**, también cuando se refería a los conceptos jurídicos contenidos en el tipo de injusto[7]. Esa distinción ha sido rechazada en la ciencia casi unánimemente por arbitraria e impracticable[8]. Después de 1945, diversos tribunales empezaron a distanciarse de la jurisprudencia del RG[9]. La culminación de ese desarrollo estuvo representada por la decisión fundamental de la Sala Plena de Asuntos Penales del BGH[10], la cual reconoció (siguiendo la "teoría de la culpabilidad") la **conciencia del injusto** como **un elemento de la culpabilidad independiente** y diferenció, en el ámbito del error, entre el error de tipo y el error de prohibición.

690 Únicamente el **error de prohibición invencible** permite hacer decaer completamente la reprochabilidad de la realización del tipo y, por ello, es una causa de exclusión de la culpabilidad. Si, en cambio, el error de prohibición era evitable, el § 17 oración 2 solo prevé una reducción facultativa de la pena, según el § 49.I. Aunque los criterios de cuya mano hay que evaluar la "evitabilidad" del error no han sido hasta ahora aclarados de modo concluyente, sin embargo, en el ámbito del **derecho penal nuclear**[11], la jurisprudencia impone exigencias estrictas para la inevitabilidad de un error[12]: resulta decisivo si, a causa de su posición social, el autor hubiera podido comprender el injusto del hecho, de acuerdo con sus capacidades individuales y con el uso exigible de su entendimiento y de sus representaciones valorativas (debe **esforzarse en conocer**[13]).

691 Si quedan dudas respecto a si el comportamiento está prohibido, entonces, existe un **deber de informarse**[14]. Quien carece **de conocimientos jurídicos** tiene que cerciorarse, en el marco de lo exigible, respecto de la situación jurí-

6 Cfr. RGSt 1, 368; 10, 234; 72, 305, 309.
7 Cfr. RGSt 34, 418; 57, 235 (caso *Testamentserrichtung*).
8 Al respecto, con una perspectiva opuesta, *Kuhlen*, Irrtum, p. 35 y ss.
9 Por ejemplo, OLG *Oldenburg* MDR 50, 690; OGHSt 2, 117, 129.
10 BGHSt GrS 2, 194; v. también *Heger*, Ad Legendum 11, 398.
11 Distinto para el derecho penal accesorio, cfr. OLG Oldenburg NStZ-RR 99, 122.
12 *Crítico Eidam*, ZStW 127 [2015], 120; *Gaede*, Seebode-FS, p. 85; *Nestler*, Jura 15, 562.
13 BGHSt 3, 357; 4, 1 und 4, 236; LdR-*Wolters* (8/740), S. 7 f.
14 *Gaede*, Seebode-GS, p. 85, 97 y ss.; *Horn*, Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit, 1969; MK-*Joecks*, § 17 n. m. 58 y ss.; *Manso Porto*, Normunkenntnis aus belastenden Gründen, 2010; *Puppe*, Rudolphi-FS, p. 231; *Schroth*, Vorsatz und Irrtum, 1998; v. también SK-*Rudolphi*, § 17 n. m. 24 y ss.

dica antes de su intervención sobre bienes jurídicos protegidos[15]; el autor no puede confiar fácilmente en su propio juicio inseguro[16].

La cuestión respecto a si una información hubiera llevado a aclarar la situación jurídica y a eliminar el error requiere de una comprobación cuidadosa en el caso concreto[17]. Una información jurídica inexacta no libera al inculpado sin más; más bien, lo decisivo es si ha confiado en su corrección y aquella puede ser considerada confiable. Según la jurisprudencia, solo es confiable una persona o institución competente, experta e imparcial, la cual ofrezca la garantía de una emisión de información objetiva, consciente de su responsabilidad; así, por ejemplo, un abogado versado en su correspondiente ámbito de ejercicio jurídico, que confirme que el comportamiento se encuentra permitido en un informe escrito y detallado, referido a complejas cuestiones jurídicas sin favoritismos[18]. Por otro lado, no se puede cargar unilateralmente con el riesgo de una situación jurídica insegura solo al destinatario de la norma[19].

3. Delimitación entre error de tipo y el error de prohibición directo

692 Los problemas de delimitación entre el error de subsunción, como subcaso del error de prohibición directo, y el error de tipo excluyente del dolo pueden surgir especialmente en cuanto a los denominados **elementos normativos del tipo** (por ejemplo, "ajeno", "apropiarse", cfr. n. m. 190), dado que aquí no es suficiente con el mero conocimiento de las circunstancias que satisfacen el concepto, sino que, además, debe tener lugar una valoración jurídica orientada a su comprensión —al menos en principio—. Si bien para fundamentar el dolo típico no es necesario que el autor realice una valoración jurídica exacta, pues, en caso contrario, por lo regular, solo quienes tienen conocimientos jurídicos especializados podrían tener dolo en referencia a esos elementos.

15 OLG *Hamm* NJW 06, 245; OLG Stuttgart StV 08, 193; OLG Stuttgart, NZWiSt 14, 301 con anot. *Nestler*.

16 BGHSt 5, 111 y 284; 21, 18; diferenciadamente, *Lesch*, JA 96, 607; respecto a los conflictos valorativos interculturales: Hilgendorf/Weitzel-*Valerius*, p. 217.

17 OLG Celle NJW 77, 1644; *Neumann*, JuS 93, 793.

18 Con más detalle BGHSt 40, 257, 264; 50, 331 (*Mannesmann*); 58, 15, 27 y ss. con discusión *Raschke*, NZWiSt 13, 18 y *Rübenstahl*, ZWH 13, 193; *Dahs*, StV 14, 13; BGH NStZ 2013, 461 con discusión *Bosch*, JK 10/13, StGB § 17/5; más profundamente *Gaede*, HRRS 13, 449; *Kirchheim/Samson*, wistra 08, 81; *Kudlich/Wittig*, ZWH 13, 253, 256 y ss.; *Zaczyk*, JuS 90, 889.

19 Matt/Renzikowski-*Gaede*, § 17 n. m. 23; *Jahn*, JuS 12, 79; v. también *Welke*, NZWiSt 14, 339.

Pero, formulado de modo inverso, esto significa que no toda representación defectuosa de elementos normativos del tipo fundamenta automáticamente un error de tipo. En tal sentido, vale otro criterio: para la afirmación del dolo típico es necesario, pero también suficiente que el autor, al menos, reconozca el contenido jurídico-social del elemento sobre la base de una **valoración paralela en la esfera del profano** (cfr. n. m. 353). Si este es el caso, entonces, el autor actúa con dolo. Si considera, no obstante, que su comportamiento está permitido, entonces, solo queda espacio para un error de prohibición. Solo cuando el autor no comprende el contenido jurídico-social de un elemento normativo del tipo, actúa sin dolo respecto a este elemento y sucumbe, en tal sentido, ante un error de tipo según el § 16.I 1[20].

Ejemplo (variación respecto al n. m. 683, 687c): el vándalo V pintarrajea la pared de la mitad de la casa adosada que le corresponde sin el consentimiento de su mujer E, quien es copropietaria de la casa. Sin embargo, V parte de que no cometería ningún daño patrimonial, puesto que él puede hacer lo que quiera con el "patrimonio conyugal". Si bien V ignora las valoraciones jurídicas que llevan a clasificar la casa como una cosa ajena para él, sin embargo, desde su perspectiva, reconoce que, por lo menos, la cosa también pertenece a otro (aquí: a E), lo cual es suficiente para el dolo típico. Con ello, él únicamente sucumbe ante un error de prohibición en la forma de un error de subsunción, el cual, de acuerdo con el § 17 orac. 1, lleva a la exclusión de la punibilidad solo en caso de inevitabilidad.

III. Error de tipo permisivo

1. Requisitos

693 En caso de un conocimiento completo del tipo, si el autor ha creído que concurría una causa de justificación y basa esa suposición en la representación defectuosa respecto de las **condiciones fácticas** de una causa de justificación reconocida, entonces, existe un error sobre el tipo permisivo. Con ello, el requisito fundamental es que el autor erróneamente considere existentes circunstancias que, en caso de concurrir realmente, justificarían el hecho. Es decir, esta **comprobación hipotética de los requisitos de la causa de justificación** sobre la base de la representación del autor sirve solo para exponer que existe un error sobre el tipo permisivo[21]. ¡Solo cuando existe ese error en el autor, se puede plantear la cuestión por las consecuencias jurídicas del error!

20 Cfr., al respecto, también *Kaspar*, AT, n. m. 610 y ss. y S/S/W-StGB-*Momsen*, § 17 n. m. 18 y ss.

21 V., al respecto, *Kaspar*, AT, n. m. 651 y ss.; v. también n. m. 1217 y ss.

Así, por ejemplo, en el **caso n.° 14**, donde A, en vista de la nota que se le transmitió, parte erróneamente de que E habría prestado su consentimiento para el derribo del árbol. A yerra aquí sobre los requisitos fácticos de la causa de justificación del consentimiento. Por eso, existe un error sobre el tipo permisivo porque —con base en la representación de A, según la cual E le habría prestado su autorización para derribar el árbol por medio de la nota— se habrían presentado todos los requisitos para un consentimiento justificante (eficaz). 693a

2. Consecuencias jurídicas

En vista de la ausencia de una regulación legal de las consecuencias jurídicas de un error sobre el tipo permisivo, su tratamiento resulta bastante discutido. En esencia, se trata de la cuestión acerca de si al autor le debe beneficiar las consecuencias más favorables del § 16, de acuerdo con el cual la punibilidad dolosa quedaría excluida. O si tiene que recurrirse al § 17, que es más restringido, el cual solo en el caso (excepcional) de la inevitabilidad del error permite hacer decaer el reproche de la culpabilidad. 694

a) Teoría estricta del dolo: De acuerdo con la teoría estricta del dolo —que, sin embargo, ya no es compatible con el derecho actual[22]—, la conciencia del injusto tiene que ser parte del dolo. Si el autor parte erróneamente de la existencia de requisitos fácticos de una causa de justificación, es decir, con base en estas premisas incurre en un error de tipo, ello permite **hacer decaer el dolo** (cfr. la regulación actual del § 16.I 1). Sin embargo, a ello se opone el § 17, el cual parte de forma clara de que la conciencia del injusto precisamente no es parte del dolo, sino (como un elemento positivo de la culpabilidad) tiene que clasificarse en la culpabilidad (v. n. m. 648 y ss.). 695

En el **caso n.° 14**, según la **teoría estricta del dolo**, respecto de A decae el dolo, según el § 16.I 1, y con ello, en general, la punibilidad, puesto que los daños materiales imprudentes no tienen conminada una pena (cfr. § 15). No queda lugar para una sanción de B por complicidad en daños materiales, porque no existe ya un hecho principal cometido dolosamente en el sentido del § 27.I. 695a

b) Teoría de los elementos negativos del tipo: De acuerdo con la teoría de los elementos negativos del tipo, la aplicación inmediata del § 16.I 1 lleva a que **decaiga el dolo**. Ella se basa en que los elementos típicos de las normas 696

22 Distinto *Schmidhäuser*, JZ 79, 361; 80, 396 y *Langer*, GA 1976, 193, según los cuales solo la teoría del dolo se adecuaría al principio de culpabilidad.

de prohibición constituyen, conjuntamente con los requisitos de las causas de justificación, un "tipo global del injusto" sobre la base de una estructura tripartita del delito (al respecto ya *supra* n. m. 181 y ss.). Aquí se considera la inexistencia de los requisitos de la justificación como un elemento negativo en el tipo. Esto tiene como consecuencia que el dolo del autor también tenga que abarcar la ausencia de causas de justificación. Si, por lo tanto, a consecuencia de una valoración equivocada del suceso, el autor parte erróneamente de que existe una causa de justificación, entonces, si bien se cumple el elemento negativo del tipo "inexistencia de causas de justificación", sin embargo, desde una perspectiva subjetiva, el error sobre el suceso excluye, según el § 16.I, el dolo[23].

696a La teoría de los elementos negativos del tipo se expone a las críticas ya mencionadas con anterioridad (v. n. m. 183). Sin embargo, ella también va demasiado lejos en ese sentido, al conceder al error sobre el tipo permisivo, al igual que al error sobre el tipo del injusto, un efecto excluyente del dolo, lo cual, debido a la naturaleza accesoria de la instigación y de la complicidad, en cuanto a la responsabilidad de un partícipe de mala fe, lleva a consecuencias dudosas[24]. Aquí tendrían que impedirse los vacíos de punibilidad solo si se pudiera hacer responsables a los intervinientes en el hecho de mala fe siempre como autores mediatos (lo cual, sin embargo, no es posible por razones dogmáticas; cfr. n. m. 773 y ss.) o si dentro de los §§ 26, 27 se trabajara[25] con otro concepto de dolo (= más estricto), distinto al del § 16. I, lo cual, sin embargo, no es igualmente satisfactorio[26].

696b De acuerdo con la **teoría de los elementos negativos del tipo**, en el **caso n.° 14**, A quedaría exento de pena porque no ha realizado dolosamente el tipo de injusto global de los daños materiales (§ 303.I, con todas las causas de justificación que vienen en consideración). La suposición errónea de que E habría prestado su consentimiento para que el árbol sea retirado permitiría, según esto, en directa aplicación del § 16.I 1, hacer decaer el "dolo". Según este enfoque, tampoco queda lugar para una punibilidad como partícipe de B, por lo menos si uno lo aplica consecuentemente.

23 *Arthur Kaufmann*, JZ 54, 653; 56, 353, 393; *el mismo*, Lackner-FS, p. 185; similar *Kindhäuser*, Gefährdung, p. 111; *Koriath*, Egon-Müller-FS, p. 357; *Samson*, p. 122 y ss.; *Schünemann/Greco*, GA 2006, 777, 792.

24 Con más detalle sobre la crítica Armin *Kaufmann*, JZ 55, 37; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 11 y ss.

25 Al respecto, SK-*Rudolphi/Stein*, § 16 n. m. 11 en conexión con SK-*Hoyer*, Vor § 26 n. m. 36.

26 Para una aplicación directa del § 16, sin embargo: SK-*Hoyer*, Vor § 32 y ss., n. m. 50 y s.

c) Teoría estricta de la culpabilidad: La teoría estricta de la culpabilidad considera la conciencia del injusto como un elemento de la culpabilidad autónomo. Esta posición queda actualmente confirmada por el § 17. Puesto que allí no se prevé ninguna excepción para el caso en el que el error se refiere especialmente a los requisitos fácticos de una causa de justificación, podría ser compatible con ello considerar también el error sobre el tipo permisivo como un error de prohibición, en el sentido del § 17. La "teoría estricta de la culpabilidad" se caracteriza porque no admite ninguna excepción a la regla de que la ausencia de la conciencia del injusto solo puede ser relevante en el marco de la culpabilidad. Es decir, considera todo error sobre la antijuridicidad del hecho como un error de prohibición con las (estrictas) consecuencias jurídicas previstas en el § 17, y no se pregunta si, en general, el autor ha considerado su acción como no prohibida o si, a causa de un error sobre la existencia, tipo o extensión de una causa de justificación, solo de modo indirecto ha ido a parar a la consideración de que su comportamiento estaría permitido. En correspondencia con ello, según la teoría estricta de la culpabilidad, el autor solo quedará libre de punibilidad cuando el error se manifieste como inevitable[27]. 697

En el **caso n.° 14**, según la **teoría estricta de la culpabilidad**, A ha realizado dolosamente (y antijurídicamente) el § 303.I. La suposición errónea respecto al consentimiento de E solo fundamenta un error de prohibición en el sentido del § 17, el cual lleva a la exclusión de la culpabilidad solo en casos de inevitabilidad (§ 17 orac. 1). Sin embargo, dado que con anterioridad E se había pronunciado frente a A de un modo vehemente contra la tala del árbol y la nota proveniente de terceros no se refería claramente al derrumbe del árbol, entonces, este error era evitable. Por eso, A puede ser sancionado según el § 303.I; solo existe la posibilidad de una atenuación de la pena (§ 17 orac. 2, en conexión con el § 49.I). Por eso, según esta visión, no existen problemas para sancionar a B (quien actúa con mala fe), según los §§ 303.I, 27.I. 697a

d) Teoría limitada de la culpabilidad: La teoría limitada de la culpabilidad se dirige contra un tratamiento uniforme de todos los errores sobre la antijuridicidad, de acuerdo con el § 17. Aquí se fundamenta la naturaleza autónoma del error sobre el tipo permisivo frente al error de prohibición en 698

27 Más detalladamente *Gössel*, Fälle und Lösungen, p. 161 y ss.; NK-*Paeffgen*, Vor § 32 n. m. 108 y ss.; *el mismo*, Frisch-FS, S. 403; *Zieschang*, AT, n. m. 359; diferenciadamente *Heuchemer*, Der Erlaubnistatbestandsirrtum, 2005, p. 320 y ss.; *el mismo*, JuS 12, 795; más profundamente al respecto, también *Erb*, FS-Paeffgen, p. 205 y ss.

el sentido del § 17, porque en cada caso el autor se halla en una situación completamente distinta:

699 Quien incurre en un error sobre el tipo permisivo se expone, en todo caso —cuando este ha sido evitable— al reproche por una atención deficiente y una actitud negligente respecto de las exigencias de cuidado del derecho, pero no al reproche por una actitud interna hostil al derecho, puesto que, en el hecho, se deja llevar por valores que son compatibles con los del legislador. Pues si hubiesen concurrido realmente los requisitos fácticos del tipo permisivo, tal como se los imaginó, entonces, se habría comportado en completa armonía con los valores del ordenamiento jurídico. En esa situación, su dolo típico no es precisamente la expresión de una contradicción a los juicios de valor del ordenamiento jurídico, como es el caso de un autor que se halla en un error de prohibición. Esto es lo que quiere decir el BGH con la referencia a que quien actúa bajo un error sobre el tipo permisivo sería "en sí fiel al derecho"[28]. En el error sobre el tipo permisivo evitable (como en el error de tipo), el autor es un "despistado" y no un "villano", como en el error de prohibición evitable. Sin embargo, si a quien comete un error evitable solo le alcanza un reproche de culpabilidad que se corresponde[29] cualitativamente con un reproche por una culpabilidad imprudente, entonces, resulta adecuado equiparar el error sobre el tipo permisivo **respecto a sus consecuencias jurídicas con el genuino error de tipo**.

700 Por lo tanto, sobre la base de esa idea, la opinión actualmente dominante aplica la teoría de la culpabilidad de una forma limitada, en la medida de que el error sobre los requisitos fácticos de una causa de justificación se extrae del ámbito de aplicación del § 17 y es equiparada, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, con el error de tipo (por eso se denomina teoría de la culpabilidad "limitada"). Es decir —por lo menos en el resultado—, ello hace decaer la sanción por una comisión dolosa del hecho (como en el § 16.I 1). Si el error se basa en una imprudencia, entonces, el autor será sancionado por una comisión imprudente del hecho, siempre que, en el caso concreto, esta se encuentre amenazada con una pena (§ 16.I 2)[30]. En la fundamentación de este resultado correcto se pueden distinguir las siguientes opiniones:

28 BGHSt 3, 105, 107.

29 Crít., al respecto, *Paeffgen*, Armin Kaufmann-GS, pp. 399 y 411.

30 Con más detalle sobre la en ese sentido opinión dominante BGHSt 3, 105 y 194; BGH NStZ 83, 500; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41.III; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 17 n. m., 10 y ss.; así también § 8 öStGB, al respecto, *Schmoller*, Fuchs-FS, p. 453. No obstante, la jurispruden-

aa) Según **la teoría de la culpabilidad limitada que remite al fundamento jurídico**, en un error sobre el tipo permisivo, solo hay lugar para una aplicación analógica del § 16.I 1, **en el nivel de la antijuridicidad**. Mediante esa conclusión analógica y con una formulación no completamente uniforme, esta teoría niega el dolo, el injusto doloso o el desvalor de la acción de un hecho doloso[31]. 701

Esta posición se fundamenta en que, desde la perspectiva de los requisitos del injusto, no existiría ninguna diferencia cualitativa entre los elementos del tipo y las causas de justificación. Como consecuencia de ello, un error sobre el tipo permisivo tendría que llevar a las mismas consecuencias que un error de tipo, en el sentido del § 16.I 1. El desvalor de la acción, fundado normalmente mediante el dolo, sería suprimido cuando el autor partiera de una situación material justificante. Lamentablemente, la cuestión relevante —precisamente en cuanto a la delimitación respecto de las otras variantes de la teoría limitada de la culpabilidad— en torno a si con una tal negación del injusto doloso también decae el fundamento para una participación punible, en el sentido del §§ 26, 27, no ha sido evaluada de un modo uniforme[32]. 702

Diversas razones hablan en contra de esta variante de la teoría limitada de la culpabilidad, la cual, en caso de un error sobre el tipo permisivo, niega ya el injusto doloso y, por consiguiente, llega a la justificación del comportamiento de quien actúa bajo error: como también se reclama ya en la teoría de los elementos negativos del tipo, el rechazo de la punibilidad del partícipe (por falta de un hecho principal antijurídico) —lo cual yace en las consecuencias de esta perspectiva— no puede ser convincente. Además de ello, no es correcta la consecuencia (obligatoria) de que la justificación no depende en absoluto de la existencia objetiva de los requisitos de las causas de justificación, sino so- 703

cia realiza limitaciones para esas causas de justificación, en las cuales se plantea el elemento de la "constatación adecuada al deber", cfr. BGHSt 3, 7; 14, 48, 51.

31 Cfr. BGHSt 49, 34, 44; BGH NStZ 12, 205; StV 13, 503, 505; *Frister*, AT, 14. Cap. n. m. 30; Matt/Renzikowski-*Gaede*, § 16 n. m. 35; *Herzberg*, Stree/Wessels-FS, p. 203; *Jäger*, AT, n. m. 212 y ss.; *Kraatz*, Jura 14, 787; *Kühl*, AT, § 13 n. m. 71 y ss.; *Kühl/Hinderer*, Jura 12, 490; *Kuhlen*, Irrtum, p. 330; *Momsen/Peter*, JA 06, 550 y 654; *Puppe*, AT, § 13 n. m. 17 y ss.; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 n. m. 281; *Roxin*, AT I, § 14 n. m. 64 y ss.; *Schroth*, Arthur Kaufmann-FS, p. 595; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 16 n. m. 18; LK-*Vogel*, § 16 n. m. 116 y ss.; resumidamente *Frisch*, Irrtum, p. 217, 245 y ss.

32 Afirma ello S/S-*Heine/Weißer*, Vorbem. §§ 25 y ss. n. m. 32; *Herzberg*, JA 89, 294, 299; SK-*Hoyer*, Vor § 26 n. m. 37; lo rechaza *Jakobs*, AT, 11/59 y 22/11; igual en el resultado *Streng*, Otto-FS, pp. 469 y 479; *el mismo*, Paeffgen-FS, p. 231, 242 y s. (§ 28.II analógicamente); *Ziegert*, Vorsatz, Schuld und Vorverschulden, 1987, p. 171.

lamente de la justificación en la representación del autor. Por otro lado, desde un punto de vista valorativo, el error sobre el tipo permisivo tampoco puede ser equiparado sin más al error de tipo. En comparación con el "genuino error de tipo", la **naturaleza independiente** del "error sobre el tipo permisivo" se basa en que solo en el último caso el autor es **alcanzado por la función de advertencia del tipo legal,** la cual le indica que él excede los límites entre el comportamiento permitido sin más y el comportamiento generalmente prohibido: quien sabe que su comportamiento realiza un tipo de injusto, en especial cuando lesiona a terceros, está llamado a comprobar si un **precepto permisivo especial** justifica su hecho. Si ahora él incurre en un error evitable, entonces, le alcanza un reproche mayor que a aquel que por negligente no ha reconocido que realiza un tipo de injusto. Resultado dudoso si la suposición errónea de circunstancias justificantes del hecho es capaz de suprimir totalmente el desvalor de acción de una lesión dolosa de un bien jurídico, en lugar de solo atenuarlo[33].

704 **bb)** La **teoría de la culpabilidad limitada que se remite a las consecuencias jurídicas** (también denominada como "limitada a las consecuencias jurídicas" o "limitadora de las consecuencias jurídicas") pretende una solución intermedia que, en la declaración de la culpabilidad y de la pena, llega a un resultado similar al de las otras teorías orientadas al § 16, sin embargo, con un fundamento distinto. En el ámbito del dolo típico y en la culpabilidad ya fue explicado (n. m. 200 y ss., 646) que, en el sistema del delito, al dolo le corresponde una doble función. La realización dolosa del tipo del injusto constituye, como forma de comportamiento, el correlato para la forma de culpabilidad caracterizada por consideraciones de reprochabilidad. Así como la "imprudencia subjetiva" como *typus* de la culpabilidad, corresponde a la forma de comportamiento imprudente fijada en el tipo, así en el delito doloso frente al comportamiento doloso se ubica el *typus* de la culpabilidad de la culpabilidad dolosa. La suposición errónea de una situación justificante no afecta justamente el dolo típico como forma de comportamiento, sino que **más bien solo excluye la culpabilidad dolosa y una sanción por un hecho doloso**. Por consiguiente, el error sobre el tipo permisivo únicamente es equiparado en cuanto a sus consecuencias jurídicas al error de tipo regulado en el § 16.I 1. Si la representación errónea del autor se debe a la falta de cuidado, de manera análoga al § 16.I 2, viene en consideración una sanción por una

33 Cfr. también, al respecto, la crítica de *Paeffgen*, *Armin Kaufmann*-GS, S. 399, 405; *el mismo*, Frisch-FS, p. 401.

comisión imprudente del hecho, siempre que en la ley exista un correspondiente tipo imprudente (respecto a la comprobación de la imprudencia en casos de este tipo, cfr. n. m. 1217 y ss.).

La teoría de la remisión a las consecuencias jurídicas es preferible en la disputa teórica[34] y también es defendida[35] por el BGH —así, por lo menos, finalmente en el caso *Hells Angels*, que ha recibido mucha atención—. 705

En el **caso n.° 14, de acuerdo con ambas variantes de la teoría limitada de la culpabilidad**, decae en el resultado una punibilidad de A por el § 303.I, bajo una aplicación analógica del § 16.I 1. En el ámbito de los daños materiales no está prevista una punibilidad de la imprudencia que en general podría venir en consideración, según el § 16.I 2, debido a lo cual A permanece exento de pena. 705a

Sin embargo, surge una diferencia importante respecto a la punibilidad de B, según los §§ 303.I, 27.I:

Puesto que, según la teoría limitada de la culpabilidad que **se remite al fundamento jurídico**, decae el injusto doloso —y, por ello, ya no existe un hecho antijurídico—, se excluye una punibilidad del partícipe respecto de B. Una sanción de B por daños materiales en autoría mediata (§§ 303.I, 25.I Alt. 2) no vendría igualmente en consideración, puesto que a él le falta la necesaria voluntad de dominio del hecho. B solo ha querido colaborar con un hecho ajeno para él, porque consideró que A actuaba con mala fe y partió de una realización dolosa del § 303 I, por medio del autor principal A.

La teoría limitada de la culpabilidad que **remite a las consecuencias jurídicas** lleva solo a la supresión del reproche de la culpabilidad dolosa. Con ello, falta en A un elemento positivo de la culpabilidad (v. n. m. 646 y s.), por lo cual decae el reproche personal de la culpabilidad. Una punibilidad de la participación de B, quien actúa con mala fe, sigue siendo posible, puesto que existe un hecho principal doloso y antijurídico (y, según el § 29, cada interviniente es sancionado únicamente de acuerdo con su culpabilidad).

34 Por todos *Blei*, AT, § 59.II 3; *Fischer*, § 16 n. m. 22d; *Gallas*, Bockelmann-FS, pp. 155 y 170; *B. Heinrich*, AT, n. m. 1133; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 449; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41.IV 1 d; *Krey/Esser*, AT, n. m. 743 y ss.; *Maurach/Zipf*, AT/1, § 37 n. m. 19 y ss., 43; LdR-*Wolters* (8/740), p. 5; *Schlüchter*, Irrtum, p. 172; R. *Schmidt*, AT, n. m. 378, 543.

35 BGH NStZ 12, 272 con anot. *Engländer*, NStZ 12, 272; *Erb*, JR 12, 207; *el mismo*, Wolter-FS, p. 19; *Hecker*, JuS 12, 263; *Jäger*, JA 12, 227; *Mandla*, StV 12, 334; *van Rienen*, ZIS 12, 377; *Rotsch*, ZJS 12, 109; *Satzger*, JK 06/12, StGB § 32/37; crít. *Burchard*, HRRS 12, 421; *Paeffgen*, Frisch-FS, p. 401, 413 y ss.; respecto a las cuestiones derivadas referidas a la punibilidad del partícipe, v. *Streng*, Paeffgen-FS, p. 231, 238 y ss.; referido al caso *Geisler/Meyer*, Jura 10, 390; *Zenger*, Ad Legendum 13, 48; v. respecto a las cuestiones estructurales, n. m. 1217 y ss.

706 e) Sin embargo, otras propuestas de solución independientes muestran de modo claro que la discusión sobre las consecuencias jurídicas del error sobre el tipo permisivo no está concluida:

En ese sentido, *Jakobs* quiere que, en los casos correspondientes, siempre que la imprudencia se encuentre amenazada con pena, cuando el error sea evitable se condene por un hecho doloso, sin embargo, reduciendo el marco punitivo del dolo al ámbito del tipo imprudente. Él denomina esta propuesta de solución como "dependiente", es decir, una teoría de la culpabilidad dependiente de la pena por imprudencia[36]. De acuerdo con una propuesta de *Hirsch*, en tales casos tiene que sancionarse por un delito doloso cometido con "imprudencia respecto al permiso". Sin embargo, la pena debe ser atenuada según los §§ 17 orac. 2, 49.II y el hecho debe ser siempre clasificado como una falta[37].

707 **Indicación para la prueba universitaria:** La ubicación del error sobre el tipo permisivo resulta complicada en el análisis del caso, puesto que las propuestas de solución mencionadas son relevantes en distintos lugares de la comprobación y, por consiguiente, tendrían que ser abordadas en su respectivo punto de comprobación. No obstante, para manejar de modo uniforme (y, por consiguiente, de un modo claro) la disputa sobre la presentación, se propone —si se sigue la opinión dominante aquí defendida (v. n. m. 704 y s.)—, analizar la discusión de las teorías en el nivel de la culpabilidad bajo el punto "Supresión de la culpabilidad dolosa por un error sobre el tipo permisivo"[38] (respecto a cuestiones de la presentación referidas a las diversas visiones, v. exhaustivamente. n. m. 1217 y ss.).

▶ Casos de ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 256 y Klausurenkurs III n. m. 45

IV. Error de permisión (error de prohibición indirecto)

1. Requisitos

708 Mientras que el error de prohibición directo se trata de una representación defectuosa respecto a la existencia o a la extensión de una norma de prohibición, y el error sobre el tipo permisivo se trata de representaciones defectuosas

36 *Jakobs*, AT 11/43–11/58; s. nun auch *el mismo*, Paeffgen-FS, S. 221.

37 *Hirsch*, Schroeder-FS, p. 223; instructivo respecto a todo: *Freund*, AT, § 10 n. m. 19; *Frisch*, Irrtum, p. 217 y ss.; *Hruschka*, *Roxin*-FS, p. 441; Überblick bei *Hillenkamp*, AT, p. 74; *Kelker*, Jura 06, 591; referido a casos *Berster/Yenimazman*, JuS 14, 329; *Seier/Hembach*, JuS 14, 35.

38 Cfr. *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 255 y ss. con amplias pruebas; alternativo: *Kaspar*, AT, n. m. 651; *Rengier*, AT, § 30 n. m. 9 defienden un punto de constatación independiente entre la antijuridicidad y la culpabilidad.

sobre los requisitos fácticos de un precepto permisivo reconocido; en el error de prohibición indirecto (error de permisión) se trata de constelaciones en las cuales el **autor yerra sobre las condiciones normativas de un precepto permisivo** y, por ello, considera que su comportamiento es conforme al derecho.

a) En principio, aquí se abarcan casos de **error sobre los límites del permiso,** 709
en los cuales el autor no reconoce los límites jurídicos de una causa de justificación reconocida.

Ejemplo (según BGHSt 45, 378; BGH NStZ 03, 596): El agredido A es de la opinión (incorrecta) que, en caso de legítima defensa, a él le estaría permitido utilizar cualquier medio de defensa (por ejemplo, disparar inmediatamente a la cabeza del agresor, a pesar de la posibilidad de hacer una advertencia previa, v. n. m. 501) o seguir lesionando al agresor tras la culminación definitiva de la agresión.

b) En cambio, existe un denominado **error sobre la norma permisiva** cuan- 710
do el autor cree en la existencia de una causa de justificación no reconocida por el ordenamiento jurídico.

Ejemplo: El docente L piensa (erróneamente, v. n. m. 597) que los golpes que propina a sus alumnos en clase, motivado por el fin de educar, estarían cubiertos por un derecho de corrección.

2. Consecuencias jurídicas

El **error de permisión**, como "error de prohibición indirecto", sigue las reglas 711
del error de prohibición directo previstas en el § 17, es decir, no excluye la culpabilidad dolosa en caso de su evitabilidad. La toma de posición del autor respecto del ordenamiento jurídico es más bien comparable con la del error de prohibición directo, puesto que quien actúa en error de permisión se deja llevar en la comprensión acertada de la situación por ideas que contradicen las del legislador, es decir, que contienen un abandono de los principios valorativos del ordenamiento jurídico[39]. Quien comprende correctamente la situación fáctica y el significado social del suceso, pero que llega a la idea equivocada de que su comportamiento estaría justificado, tiene que responder, en caso de la evitabilidad de su error, por su valoración defectuosa: en el estricto ámbito del derecho penal, está permitido exigir decisiones ético-socialmente

39 Cfr. BGH MDR/H 78, 108.

correctas por parte de cada persona capaz de comprensión. En todo caso, aquí viene en consideración una disminución de la culpabilidad y, por consiguiente, una atenuación de la pena dolosa que sea adecuada a aquella.

Por eso, el "error de permisión" tampoco puede ser tratado como el "error sobre el tipo permisivo". Solo en el último caso está ya relevantemente disminuido el desvalor de comportamiento del hecho a causa de la representación defectuosa sobre la situación fáctica y el significado jurídico-social (v. n. m. 699). No obstante, desde la perspectiva de la teoría de la acción social, la pena dolosa, en tanto sanción penal más grave bajo el aspecto del reproche de culpabilidad, solo puede alcanzar a aquel que ha comprendido correctamente el significado jurídico-social de su comportamiento, es decir, quien estaba completamente "informado" respecto de todas las circunstancias fácticas de las que depende la valoración del injusto.

3. Cuestiones de delimitación

712 **a) Delimitación respecto del error sobre el tipo permisivo:** La delimitación entre el error sobre el tipo permisivo y el error de permisión puede ser a veces complicado.

En la **legítima defensa putativa,** la afirmación de un error sobre el tipo permisivo no está, por ejemplo, limitada al caso en el que el autor se siente erróneamente agredido. También se trata de una suposición errónea de circunstancias fácticas justificantes cuando aquel juzga falsamente la clase o la intensidad de la agresión real o supuesta y, por ello, se defiende[40] de un modo más intenso que lo "necesario", o cuando aquel considera una agresión adecuada a derecho como "antijurídica" debido a concretas circunstancias (es decir, no meramente abstractas). Aquí se muestra que el error sobre el tipo permisivo no es de ningún modo identificable con un mero "error sobre hechos", sino que, en caso de **elementos normativos de la justificación** (paralelamente a los elementos normativos del tipo; n. m. 353), también[41] puede comprender, con ciertos límites, errores en la valoración. Cuando se produzcan superposiciones, en caso de duda, habrá que aceptar el error sobre el tipo permisivo, que es más favorable al autor.

40 Cfr. BGH NStZ 96, 29; BGH StV 13, 503, 505.

41 Más detalladamente, *Herzberg*, JZ 93, 1017, 1020; *Jescheck/Weigend*, AT, § 41 IV 1 d; *Kühl*, AT, § 13 n. m. 78.

Aun cuando el error del autor se refiera al caso especial del carácter nor- 713
mativo de un **elemento de justificación de valoración del hecho global**, como, por ejemplo, a la "contrariedad con las buenas costumbres" de una lesión corporal, respecto a la cual la víctima ha prestado su aprobación (§ 228), o a la "adecuación" del hecho como medio para conjurar el peligro en el estado de necesidad justificante (§ 34 orac. 2), tienen que distinguirse de modo correspondiente las reglas discutidas: si el error afecta únicamente los **fundamentos** fácticos **de la valoración**, por ejemplo, de forma que el autor considere erróneamente existentes circunstancias que fundamentan una conformidad con el derecho que, en caso de haber existido realmente, satisfarían todas las exigencias de la causa de justificación, entonces, se trata de un **error sobre el tipo permisivo**. Este sería, por ejemplo, el caso si el autor de lesiones corporales no reconoce la contrariedad a las buenas costumbres del hecho porque, para él, no se representa a la vista un peligro relevante para la vida (v. n. m. 560 y ss.). Si, en cambio, el error afecta el **juicio de valoración** como tal, porque el autor, por ejemplo, a pesar de un conocimiento correcto, a causa de una valoración global defectuosa llega a la suposición errónea de que la lesión corporal no sería "contraria a las buenas costumbres" o de que su hecho constituiría un medio "adecuado" para conjurar el peligro, entonces, existe un **error de permisión** a tratarse según el § 17 (= error sobre los límites de la respectiva causa de justificación)[42].

Ejemplo: Para convertirse en miembro de un grupo de rockeros, A está de acuerdo con que R, líder de los rockeros, le propine varazos en la espalda como parte de un ritual de bienvenida; sin embargo, A le oculta a R que sufre de una grave forma de hemofilia. Pese al consentimiento de A, la lesión corporal (peligrosa) infringe las buenas costumbres debido a las consecuencias potencialmente peligrosas para la vida. El consentimiento no puede desplegar efectos justificantes por el § 228. Puesto que R no conoce la enfermedad A —y, por consiguiente, un fundamento de valoración real para la contrariedad con las costumbres—, pero sobre la base de su representación del hecho el consentimiento sería eficaz, él incurre en un error sobre el tipo permisivo. La situación es distinta si R sabe de la enfermedad de A y este insiste en ser admitido. Si aquí R propina los golpes porque asume que la membresía en el grupo de rockeros tiene que ser considerada como la mayor alegría para cualquiera y no quiere negarle a A su deseo si este está preparado a aceptar el riesgo de consecuencias para su salud, entonces, R, con conocimiento del suceso, incurre en un error sobre los criterios de valoración jurídica de la "contrariedad a las buenas costumbres", lo cual, en el resultado, solo puede fundamentar un error (sobre los límites) de permisión.

42 Cfr. BGHSt 49, 166, 176 (caso *Sado-Maso*) con anotaciones favorables *Hirsch*, JR 04, 477; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 228 n. m. 11a; v. también SK-*Rudolphi/Stein*, § 16 n. m. 17.

714 **b) Delimitación con el denominado "doble error":** Si el autor no solo parte erróneamente de la existencia de los requisitos fácticos de una causa de justificación, sino que, sobre la base de esa representación, también excede su supuesto derecho, entonces, existe una constelación que se denomina tradicionalmente como doble error. Al final de la hipotética comprobación de la respectiva causa de justificación, necesaria para la fundamentación de un error sobre el tipo permisivo (v. n. m. 693), se encuentra el resultado de que, incluso sobre la base de su representación incorrecta, el autor no estaría justificado por medio de la norma de permiso. Más bien, por eso, el autor solo podía partir de haber hecho algo permitido porque adicionalmente ha juzgado erróneamente los requisitos normativos o límites de la causa de justificación.

Ejemplo[43]: Poco después de una discusión conyugal, A escucha que su esposo B viene del sótano. Ella asume erróneamente que B ha cogido un hacha de allí para matarla (error 1: afecta a las condiciones fácticas del § 32). Cuando B abre la puerta, A dispara en supuesta legítima defensa directamente en el corazón de B, sin hacerle una advertencia previa o apuntar a las piernas. Sin embargo, ella cree también estar legitimada a disparar a muerte de modo inmediato (error 2: afecta los límites jurídicos de la intensidad de la defensa permitida, v. n. m. 501).

715 Ese doble error se trata **según las reglas del error de prohibición**[44]. La existencia de un error sobre el tipo permisivo no puede afirmarse porque A considera que existe una agresión contra su vida y, con ello, un elemento de la respectiva causa de justificación. Puesto que el ordenamiento jurídico, incluso en caso de una agresión real, no autorizaría a realizar inmediatamente disparos mortales, la circunstancia de que A solo parte erróneamente de una agresión no puede favorecerla. Por consiguiente, ella se tiene que tratar como si la agresión hubiera concurrido realmente y, entonces, existiría, debido a su representación defectuosa respecto al elemento de la necesidad de su acción de legítima defensa, un error de permisión. Es decir, no sería correcto afirmar que A se habría hallado en un error sobre el tipo permisivo y en un error de permisión. Más bien, existe solo **una** representación defectuosa y esto configura un error de permisión porque el ordenamiento jurídico no conoce

43 Cfr. BGH NStZ 87, 322.

44 Cfr. también BGHSt 3, 105, 108; v. también *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 459; *Zieschang*, AT, n. m. 361.

ningún derecho de legítima defensa que vaya tan lejos como A creía. Por eso, el concepto "doble error" realmente es equívoco[45].

Para la **solución del caso**, esto tiene como consecuencia que, en el supuesto de la suposición errónea de los requisitos de un elemento de una causa de justificación, siempre se tiene que comprobar si, sobre la base de estas circunstancias fácticas erróneamente supuestas, también concurren todos los otros requisitos de la causa de justificación. Solo entonces se puede afirmar el error sobre el tipo permisivo (v. n. m. 693). Por lo demás, tiene que partirse de un error de permisión[46]. **715a**

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 270 y Klausurenkurs II n. m. 281, 324.

V. Error sobre el suceso exculpante

1. Requisitos

Si el autor yerra sobre los requisitos fácticos de una causa de exculpación reconocida, entonces, existe un error sobre el suceso exculpante. Con ello se hace referencia a representaciones defectuosas sobre la situación que fundamenta la exculpación, pero también parecen posibles errores sobre la existencia de circunstancias fácticas que fundamentan la exigibilidad de soportar un peligro (por ejemplo, respecto al § 35.I 2). Este error se encuentra previsto de modo explícito en el § 35.II, para el estado de necesidad exculpante. Sin embargo, tiene que defenderse una aplicación analógica del § 35.II cuando el autor parte[47] erróneamente de la existencia de los requisitos fácticos de un estado de necesidad exculpante supralegal (v., al respecto, n. m. 679b) o de la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma (v., al respecto, n. m. 676). **716**

2. Consecuencias jurídicas

a) Error invencible: Existe consenso respecto a que el error inevitable sobre la existencia de los requisitos fácticos de una causa de exculpación recono- **717**

45 Así, acertadamente, *Kaspar*, AT, n. m. 664. Exhaustivamente, al respecto también *Kuhlen*, Paeffgen-FS, p. 247 y ss.

46 V. también BGH NJW 78, 1206; *Jäger*, AT, n. m. 219; *Kraatz*, Jura 14, 787, 791; *Momsen/Sydow*, JuS 01, 1197; *Neubacher/Bachmann*, JA 10, 711, 718 y s.

47 Cfr. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 23 n. m. 11; *Kaspar*, AT, n. m. 667; S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 35 n. m. 24S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 16 n. m. 31; diferenciadamente, *Lackner/Kühl-Kühl*, § 35 n. m. 13 y *T. Walter*, Roxin II-FS, p. 763, 774 y ss.

cida exculpa al autor, de acuerdo con el § 35.II 1 (dado el caso, de modo analógico)[48]. Esto es correcto porque para la situación de presión psíquica de quien actúa es indiferente si el respectivo peligro es real o, como, por ejemplo, en el estado de necesidad putativo, solo existe en su imaginación; la presión motivacional es en uno y otro caso igualmente fuerte[49]. El error es **inevitable** para el autor cuando también, en caso de una comprobación cuidadosa, este no hubiera podido reconocer que no existía un estado de necesidad. Las exigencias respecto a este deber de comprobación dependen aquí de las concretas circunstancias del hecho y son tanto más estrictas mientras más grave sea el hecho y mientras más tiempo para la decisión esté a disposición[50].

Ejemplo (v. ya n. m. 685): Considerando el muy poco tiempo de reacción y debido a las claras similitudes entre el niño que corre frente a su auto y su hijo S (estatura, color de cabello, vestimenta), el error de V sobre los requisitos fácticos del elemento "pariente" tiene que valorarse como inevitable, a pesar de las graves consecuencias del hecho.

718 **b) Error vencible:** En cambio, se discutió intensamente por mucho tiempo cómo había que tratar el error evitable sobre circunstancias fácticas exculpantes:

719 Según una opinión extendida, de manera análoga a la antigua versión del § 59, aquí decae la culpabilidad dolosa y solo debía sancionarse por un hecho imprudente (**solución de la imprudencia**)[51].

720 La opinión contraria quería aplicar, en lo correspondiente, los principios válidos para el error de prohibición y, en caso de una evitabilidad de su error, responsabilizar al autor por una comisión dolosa del hecho, no obstante, con la posibilidad de una **atenuación de la pena**[52].

721 A favor de la última opinión mencionada habla que la suposición errónea de circunstancias fácticas exculpantes representa un error de una clase especial, para el cual la "solución de la imprudencia" no es adecuada porque el autor conoce la antijuridicidad de su comportamiento bajo las circunstancias existentes, es decir, sabe que comete un injusto. Esta peculiaridad puede ser

48 Cfr. solo S/S/W-StGB-*Rosenau*, § 35 n. m. 24; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 16 n. m. 31.
49 RGSt 64, 30; BGHSt 5, 371.
50 BGHSt 48, 255.
51 RGSt 64, 30; 66, 222; BGHSt 5, 371, 374; 18, 311.
52 *Vogler*, GA 1969, 103.

considerada de la mejor manera posible mediante una aplicación **en lo correspondiente** de las reglas del error de prohibición. En el § 35.II orac. 2, el legislador se ha adherido a esta perspectiva respecto del estado de necesidad exculpante, con la condición de que la pena tenga que atenuarse en caso de evitabilidad del error (cfr. también n. m. 659)[53].

Ejemplo (variante respecto al n. m. 685, 717): Si el niño que corre frente al auto de V tiene una estatura completamente distinta a la de su hijo y, por ello, bajo esas circunstancias, hubiera podido reconocer que no se trataba de S, V tendría que ser sancionado por homicidio; sin embargo, su pena podría ser atenuada, de acuerdo con el § 35.II 2 en conexión con el § 49.I.

VI. Error sobre la norma de exculpación

De acuerdo con la perspectiva dominante, el error sobre la **existencia** o los **límites jurídicos** de una causa de exculpación resulta irrelevante, dado **722**
que únicamente el ordenamiento jurídico tiene que decidir cuándo quiere prescindir de la imposición de un reproche de culpabilidad[54]; en todo caso, ello puede ser considerado en el ámbito de la determinación de la pena (§ 46.II).

Ejemplo: Si W piensa que también le estaría permitido sacrificar a X mediante el desvío del **723**
tren, para salvar de una muerte segura a su perro que juega en el trayecto original, ese error sobre el ámbito de aplicación del § 35 (el cual no se aplica a favor de la propiedad, v. n. m. 655) resulta irrelevante.

Jurisprudencia actual respecto al § 14:

— BGHSt 58, 15 y BGH StV 14, 13: Recurrir al asesoramiento de un abogado durante un estadio anterior al hecho solo fundamenta la inevitabilidad de un error de prohibición cuando el autor podía confiar en la corrección de la información. Esto último tiene que ser decidido de la mano de las circunstancias globales del caso individual, para lo cual valen exigencias estrictas. Por ejemplo, se puede confiar en un informe detallado y escrito respecto a complejas cuestiones jurídicas que no tenga un carácter arbitrario, y que confirme la ausencia de punibilidad del comportamiento pretendido por el autor

53 Cfr. BGHSt 48, 255.

54 *Bachmann*, JA 09, 510; *B. Heinrich*, AT, n. m. 1157; de otra opinión *Frister*, Die Struktur des "voluntativen Schuldelements", 1993, p. 239 y s.; *Joecks*, St-K, § 17 n. m. 12.

como resultado de una constatación cuidadosa, siempre que sea emitido por un abogado especialista en el ámbito correspondiente; cfr. n. m. 691.

— BGH NJW 14, 1121 con disc. *Kudlich*, JA 14, 153: Si el autor no reconoce que culmina la agresión contra él y que, en ese sentido, la situación de legítima defensa primariamente existente ha decaído con el transcurso del enfrentamiento, porque cree erróneamente que el agresor solo simularía su incapacidad para seguir peleando, entonces, existe un error sobre el tipo permisivo; cfr. n. m. 693; además n. m. 487 y n. m 672 s.

— BGH NStZ 12, 272 (caso *Hells Angels*) con disc. *Satzger*, JK 06/12, StGB § 32/37: Abordaje del error sobre el tipo permisivo en forma de un error sobre la existencia de una agresión antijurídica, en el sentido del § 32 (legítima defensa putativa); ello conduce, "correspondientemente al § 16.I 1, a la exclusión de la culpabilidad dolosa"; cfr. n. m. 704 s.

— BGH StV 13, 503 con discusión v. *Heintschel-Heinegg*, JA 13, 69: Un error sobre el tipo permisivo también existe cuando el agredido, que se encuentra objetivamente en una situación de legítima defensa, juzga falsamente la intensidad del ataque y, por eso, se defiende de forma más intensa que lo necesario; cfr. n. m. 712; además n. m. 498 y ss. y n. m. 693.

§ 15. Las causas personales de exclusión y de cancelación de la punibilidad, así como los requisitos de la persecución penal

724 **Caso n.° 15**

a) M ha descubierto en el ropero de su esposa F un escondite que contenía una gran cantidad de dinero. M sustrajo del ropero 5 000 euros, con los cuales M posibilita la fuga de B al extranjero, a quien se le buscaba por el delito de receptación de bandas (§ 260 I Nr 2). M y B han crecido juntos con padres adoptivos, los cuales les hicieron creer que son hermanos. Pero, en realidad, no existe entre ellos ninguna relación de parentesco. M asume erróneamente que el dinero hurtado pertenecería a su vecina N y que F solo lo guardaba.

b) El dinero hurtado es propiedad de la vecina N, sin embargo, M creía que era lo que quedaba de una lotería que su mujer había ganado anteriormente. ¿Cómo debe valorarse penalmente el comportamiento de M? (**n. m. 732a y 736a**).

I. Excepciones personales a la punibilidad

Para la justificación de la punibilidad basta, por lo general, la existencia de un injusto y de la culpabilidad. Hay, sin embargo, casos excepcionales en los que la punibilidad de la conducta depende de requisitos adicionales como, por ejemplo, de "condiciones objetivas de punibilidad" (v. n. m. 206 y ss.) o de **razones estrictamente referidas a la persona**, las que están más allá del injusto y de la culpabilidad, y que, según la ley, tienen efectos de exclusión o de cancelación de la pena. Esas excepciones a la punibilidad obedecen a las **causas personales de exclusión y de cancelación de la punibilidad**, las cuales tienen en común el hecho de favorecer solo a aquellos autores o partícipes en cuya **persona** concurren (§ 28 II). 725

1. Causas personales de exclusión de la pena

Como **causas personales de exclusión de la pena** se designa a las circunstancias previstas legalmente, cuya existencia lleva **anticipadamente** a la impunidad, y que deben concurrir durante la **comisión del hecho**. 726

En parte, ellas deben su existencia a consideraciones vinculadas a fines político-criminales; por el contrario, en otros casos, el legislador ha apreciado una situación conflictiva similar a un estado de necesidad, para considerar el contenido menor de culpabilidad del hecho por medio de la creación de una causa personal de exclusión de la pena (por ejemplo, en el encubrimiento a favor de parientes, según el § 258 VI).

En especial, se cuentan entre las causas personales de exclusión de la punibilidad la **inmunidad de senadores** (§ 36), la **minoría de edad** de descendientes y hermanos en el incesto (§ 173 III), la **relación de parentesco** en el caso del impedimento del castigo (§ 258 VI), la **intervención en el hecho precedente** en acciones de favorecimiento (§ 257 III) y de impedimento del castigo (§ 258 V), así como el **embarazo** en los §§ 218 IV 2, 218a IV 1, 218b I 3 y 218c II. También el § 217 II contiene una causa personal de exclusión de la sanción, entrando a colación esta solo cuando **el pariente de quien quiere suicidarse o alguien cercano a este no actúa**[1] **de modo profesional.**

1 Así, BK-*Oğlakcıoğlu*, § 217 n. m. 31; respecto a las consecuencias de una eventual construible punibilidad del suicida, v. BK-*el mismo*, § 217 n. m. 35.

2. Causas personales de cancelación de la pena

727 Por el contrario, las **causas personales de supresión de la pena** son aquellas circunstancias que recién surgen **tras la comisión** de un hecho punible y apartan la punibilidad ya fundamentada de un modo retroactivo.

Aquí pertenecen sobre todo el **desistimiento de la tentativa** (§ 24) y de la **tentativa de la participación en un delito** (§ 31), la rectificación oportuna de los datos falsos en el caso del § 161 II, el "**arrepentimiento activo**" luego de la consumación de determinados delitos (cfr. §§ 98 II 2, 306e II, 314a III, 320 III, 330b I 2), así como la propia denuncia en la defraudación tributaria (§ 371 AO)[2].

II. Causas de limitación de la pena y de la admisibilidad de la persecución penal

1. Reducción de la pena y exención de la pena

728 En algunos casos, queda a discreción del tribunal si, como consecuencia de determinadas condiciones legales, se **exime** o se **atenúa la pena** (por ejemplo, §§ 46a, 46b I 4, 83a, 86 IV, 87 III, 98 II 1, 139 I, 142 IV, 157, 158, 218a IV 2, 306e I, 314a I, II, 320 I, II, 330b I 1)[3]. La **exención de la pena** consiste en una **renuncia a la pena** basada en una negación de la necesidad de sanción.

2. Condiciones y obstáculos a la persecución penal

729 Un carácter[4] jurídico-procesal tienen tanto las **condiciones de la persecución penal** (por ejemplo, denuncia penal, § 77; apoderamiento de acuerdo al §§ 104a[5], 129b I 3, 194 IV; y autorización del *Bundestag* en el sentido del

2 Sobre el último: *Wittig*, Jura, 14, 567.

3 Sobre la atenuación de la pena: *Streng*, Kühl-FS, p. 489.

4 Se discute cómo a muchas circunstancias individuales de este tipo (especialmente, la prescripción) les corresponde al mismo tiempo un significado jurídico-material, v., al respecto, BVerfGE 25, 269; *Beulke*, StPO, n. m. 8 y ss.; *Meyer-Goßner*, Prozessvoraussetzungen und Prozesshindernisse, 2011, p. 56 s.; *Volk*, Prozessvoraussetzungen im Strafrecht, 1978, p. 225.

5 Respecto a un abordaje crítico al respecto, así como propuestas de *lege ferenda*, v. el aporte sobre la influencia política en el proceso penal realizado por *F. Zimmermann*, en Schuhr/*Oğlakcıoğlu*/Rückert (ed.), Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrecht (en publicación).

art. 46 II GG), como los **obstáculos a la persecución penal** (por ejemplo, prescripción[6], § 78); extraterritorialidad (§§ 18, 19 GVG); inmunidad parlamentaria (art. 46 II GG). Estas afectan, en especial, la admisibilidad del proceso penal como tal[7].

III. El error sobre las causas personales de exclusión de la pena

1. Error sobre hechos

Las opiniones respecto a si y en qué medida debe considerarse un **error sobre circunstancias que excluyen la pena** están divididas: 730

La **opinión dominante** se orienta únicamente por la situación objetiva y considera irrelevantes tales errores. Esto es fundamentado con que las causas personales de exclusión de la pena se hallarían más allá del injusto y de la culpabilidad y no necesitarían ser abarcadas por el dolo del autor. Aquí solo sería determinante su existencia objetiva al momento del hecho; en ese sentido, un error sería irrelevante[8].

La **opinión contraria** quiere considerar la representación del autor, siempre que aspectos de la culpabilidad atenuantes tengan relevancia en el ámbito de la respectiva causa de exclusión de la pena[9].

La opinión mencionada al final se muestra en la dirección correcta. No está permitida una solución general. Debido a las especificidades de cada una de las causas de exclusión de la pena y de las distintas consideraciones del legislador para su acogida en el StGB, solo puede ser correcta[10] una **solución diferenciada.** 731

Uno se puede orientar por la mera **situación objetiva** solo cuando la regulación legal sirve a objetivos exclusiva o predominantemente **político-estatales** (por ejemplo, § 36) o se basa en consideraciones referidas a objetivos **político-criminales** (por ejemplo, §§ 36, 173 III).

6 Al respecto, *Meyer*, JA 14, 342.
7 Cfr. al respecto, ya n. m. 210.
8 Cfr. RGSt 61, 270; *Welzel*, Lb p. 357.
9 Cfr. *Horn*, MDR 71, 8; *S/S-Sternberg-Lieben/Schuster*, § 16 n. m. 34.
10 Así también *Exner*, ZJS 09, 516, 523; *B. Heinrich*, AT, n. m. 1163; *Rengier*, AT, § 32 n. m. 6 y s.; *Warda*, Jura 79, 286, 294.

Por el contrario, hay que considerar la representación del autor cuando la causa de exclusión de la pena quiere considerar, en primera línea, una **situación de motivación similar al estado de necesidad** y el menor contenido de culpabilidad del hecho (por ejemplo, §§ 257 III 1, 258 VI).

732 § 258 VI (impedimento de la sanción a favor de un pariente), que está incluido en el último grupo de casos, muestra con especial claridad la necesidad de una consideración diferenciada. En este precepto se expresa primariamente el **privilegio de una situación de conflicto similar a un estado de necesidad que reduce la culpabilidad**. La ley respeta el sentimiento natural de solidaridad entre parientes cercanos. Al autor se le guarda indulgencia porque frecuentemente realiza el impedimento de la pena como una clase de "autoprotección", con el fin de evitarse consecuencias de tipo económico o sociales, que podrían surgir para él o su familia de la persecución penal contra los parientes. Esta causa personal de exclusión de la pena se basa, en ese sentido, también en el ámbito de la culpabilidad y se acerca ya a las causas de exculpación[11]. Quien comete un delito de impedimento de pena a favor de un supuesto pariente, se halla en la misma situación de conflicto emocional que aquel que ayuda a un pariente real a un (definitivo, momentáneo o parcial) impedimento de la exigencia de pena estatal. De acuerdo con el sentido y la finalidad del § 258 VI, aquel se gana igualmente la "indulgencia" prevista ahí, de modo que parece mandatorio conceder a un error de esa clase un **efecto excluyente de pena**. De allí que, de acuerdo con esa opinión, la orientación a la existencia real de una relación de parentesco[12] no puede ser compatible con el precepto.

732a En el **caso n.° 15a**, M ha hecho posible a B la fuga al extranjero y, a través de ello, ha realizado el tipo del § 258 I. Las condiciones de una exclusión de pena, según el § 258 VI, no existen objetivamente, puesto que M y B, teniendo como referencia el factor sanguíneo, no se hallan emparentados y entre ellos no existe una "relación de parentesco" en el sentido del §§ 258 VI, 11 I Nr 1. Una relación de cuidado respecto de un niño, a diferencia de una adopción, no fundamenta entre los niños pertenecientes a la familia ninguna "relación de hermandad"[13]. Sin embargo, M asumió que B sería su hermano real. Puesto que la causa de exclusión de la pena del § 258 VI, en primer lugar, quiere tener en consideración la situa-

11 Cfr. *Bloy*, JuS 93, L 33; *Jescheck/Weigend*, AT, § 42 II 1; *Roxin*, JuS 88, 425, 432.

12 Sin embargo, así RGSt 61, 270, 271; 71, 152, 155; *Jahn/Palmers*, Jus 09, 411; S/S/W-StGB-Jahn, § 258 n. m. 46.

13 Cfr. S/S/W-StGB-*Satzger*, § 11 n. m. 10.

ción de motivación similar a un estado de necesidad y esta también existe en caso de una asunción errónea de la relación de parentesco, M sigue estando exento de pena respecto del impedimento de pena —independientemente de la evitabilidad de la representación errónea— (§ 258 I, VI); (v. n. m. 731y s.).

En caso de un **error vencible**, surge la cuestión acerca de si tiene que aplicarse **correspondientemente** el § 35 II y en lugar de una liberación de la pena solo tiene[14] que aplicarse una atenuación de la pena (§ 49 I). A favor de ello podría hablar el hecho de que un error sobre la relación de parentesco también es posible en un estado de necesidad exculpante (**por ejemplo**, el autor cree que quien se halla en peligro es un pariente)[15]. Sin embargo, esto significaría que un error en el supuesto del § 258 VI tendría que valorarse de un modo distinto que una representación defectuosa en el ámbito del § 258 V, donde, en todo caso, se trata de la consideración de una situación similar a un estado de necesidad y donde, como consecuencia de la concepción subjetivizada de la ley (= quiere impedir), también se concede la ausencia de una pena cuando el autor quiso evitar con la acción de impedimento de la pena solo un supuesto peligro que lo amenazaba. Si su error fue evitable o inevitable se considera[16] irrelevante. Esto sugiere orientarse[17], también dentro del § 258 VI, únicamente a la situación de conminación interna del autor, pero no adicionalmente a la evitabilidad de la representación errónea. **733**

En un caso de error inverso, en el cual el autor **no tiene conocimiento** del elemento del parentesco del favorecido, la causa de exclusión de la pena del § 258 VI es consecuentemente no aplicable, puesto que falta la necesaria situación de conflicto en la persona del autor. **734**

2. Error sobre la norma

Además, viene en consideración que el autor yerre sobre **la existencia o los límites jurídicos de una causa de exclusión de la pena**. Este error, no regulado legalmente, del mismo modo es irrelevante, puesto que un mero "error **735**

14 Así, *Preisendanz*, Strafgesetzbuch, 30. ed. 1978, § 258 VIII 3.

15 Cfr. S/S-*Perron*, § 35 n. m. 42.

16 S/S-*Stree/Hecker*, § 258 n. m. 37.

17 Igualmente, BK-*Ruhmannseder*, § 258 n. m. 44; S/S-*Stree/Hecker*, § 258 n. m. 41; crít., al respecto, *Roxin*, AT I, § 22 n. m. 141; sobre todo *Hillenkamp*, AT, p. 83.

de punibilidad" deja incólume la reprochabilidad del hecho (v. también n. m. 1158)[18].

IV. El error sobre los presupuestos de persecución penal

736 En el caso de los presupuestos de persecución penal y obstáculos de persecución penal pertenecientes al derecho procesal penal, se reconoce de modo general que solo dependen de las **circunstancias reales** y no de la representación del autor sobre su existencia o inexistencia. Por eso, en el caso del hurto en el hogar o entre familiares (§ 247), un error respecto a la relación de parentesco resulta irrelevante porque esta circunstancia solo tiene[19] relevancia para la necesidad de una solicitud como requisito para la persecución penal.

Cfr. también el **panorama** sobre la teoría del error (n. m. 1144 ss.), en especial 1160.

736a En el **caso n.° 15a**, existió objetivamente un hurto entre parientes (§§ 242, 247) respecto a los sustraídos 5 000 euros. Una solicitud de persecución penal de F es, por consiguiente, una condición de la persecución penal. El desconocimiento de M a este respecto es un error irrelevante; (v. n. m. 736).

En el **caso n.° 15b**, los 5 000 euros sustraídos eran propiedad de la vecina N. Por eso, solo viene en cuenta el § 242. La asunción errónea de M, respecto a que existirían los requisitos del § 247, es irrelevante. La persecución penal tiene que ejercitarse de modo público (cfr. §§ 160, 152 II StPO; v. n. m. 736).

§ 16. Autoría y participación

737 **Caso n.° 16**

A aspira a heredar y a apropiarse lo más pronto posible de la empresa del fabricante F, su padre adoptivo. Temiendo que F lo desherede debido a su estilo de vida, A ofrece a W, quien trabaja en el bosque, una jugosa recompensa por matar a F, quien suele ir a cazar a dicho lugar. Cuando W se declara dispuesto a hacerlo, A le entrega un fusil y las municiones para cumplir el encargo y, además, una foto

18 *B. Heinrich*, AT, n. m. 1166.

19 Cfr., especialmente, BGHSt 18, 123, 125; Matt/Renzikowski-*Gaede*, § 247 n. m. 5; B. *Heinrich*, AT, n. m. 1159; *Mitsch*, JA 14, 1, 3 y s.

donde aparece F con la vestimenta que usualmente lleva cuando va de cacería. Durante el siguiente fin de semana, W espera a F cerca de la cabaña de este. Sin embargo, debido a la oscuridad del anochecer, W dispara por la espalda a J, invitado a participar de la cacería y a quien W confundió con F. Tras advertir su error y eliminar el cadáver, W espera a F, a quien también dispara mortalmente por la espalda.

¿De qué modo son punibles A y W? **(n. m. 742, 758, 772, 785, 823, 827, 834 y 837)**

I. Formas de intervención y concepto de autor

1. Sistema diferenciador y principio del autor unitario

El derecho penal alemán distingue entre autoría y participación en aquellos ca- 738
sos en los que varias personas intervienen en un hecho punible. Quien comete el hecho punible por sí mismo (**autoría directa**) o por medio de otra (**autoría mediata**) es sancionado como autor, § 25.I. Si varias personas cometen el delito conjuntamente, entonces, cada una de ellas será sancionada como autor (**coautor**), § 25.II. Junto a ello, debe considerarse la autoría paralela, no prevista legalmente. Es **partícipe** quien determina dolosamente a otro a la comisión dolosa de un hecho antijurídico (**instigación**, § 26) o el que dolosamente presta ayuda a otro para la perpetración de un hecho de esa clase (**complicidad**, § 27). De acuerdo con ello, la autoría es la comisión directa, mediata o conjunta de un hecho punible **propio**, mientras que la participación constituye la intervención en un hecho **ajeno**, descrita en los §§ 26 y 27. Esta distinción permite considerar cada contribución al hecho de acuerdo con su relevancia objetiva y con el especial desvalor del comportamiento.

Lo contrario de este sistema de intervención dual también conocido como sistema diferen- 739
ciador (= autoría y participación) está constituido por el **principio del autor unitario**, según el cual es considerado autor todo aquel que ha prestado una **contribución causal** para la realización del tipo, sin considerar la relevancia objetiva de su contribución al hecho (sistema unitario). El único criterio decisivo de la autoría unitaria es la causalidad; la forma y la relevancia del aporte al hecho solo tienen relevancia en el ámbito de la determinación de la pena. Debido a la amplitud del criterio en el que se basa el principio del autor unitario, este no resulta adecuado para el derecho penal, que contempla graves consecuencias jurídicas; sin embargo, por razones de simplificación, el legislador ha asumido el concepto del autor unitario en el derecho de contravenciones, § 14 OWiG[1].

1 *Bloy*, Schmitt-FS, p. 33; *Bock*, Jura 05, 673; *Krey/Esser*, AT, n. m. 781; *Seier*, JA 90, 342, 382; cfr. también *Kienapfel/Höpfel/Kert*, AT E 2, n. m. 25; *Mitsch*, NZWiSt 14, 1; *Rehaag*,

Respecto a la **responsabilidad del representante y de los órganos** en el actuar por otro, v. § 14 StGB y § 9 OWiG (v. n. m. 141).

740 En el caso de los delitos dolosos, la necesidad de una diferenciación entre autoría y participación se encuentra establecida legalmente. Se discute[2] si ello también es necesario para los delitos imprudentes, los cuales poseen una estructura diferente y, especialmente, si existe una **coautoría imprudente** con una imputación recíproca de las contribuciones al hecho. La mayoría de las veces es innecesaria una delimitación en ese sentido, pues ya todo aquel que contribuye a la realización del tipo, mediante una **infracción del deber de cuidado** de un modo objetivamente imputable, es **autor** de un **delito imprudente** (cfr. n. m. 926 y ss.). Sin embargo, cuando posteriormente no puede aclararse cuál de las acciones pertenecientes a los diversos autores, que conjuntamente decidieron comportarse de un modo descuidado, ha constituido la causa del resultado, entonces, debe reconocerse que solo es posible lograr una adecuada responsabilidad jurídico-penal por imprudencia mediante la institución jurídica de la coautoría imprudente (v. n. m. 226)[3].

En el ámbito de los **delitos de omisión impropia** se requiere, además, la existencia de una **posición de garante** en el sentido del § 13 (cfr. n. m. 1004 y ss.).

2. Fundamento de la autoría

741 El **fundamento** de la autoría es el **tipo legal** (concepto de autor referido al tipo). Los preceptos penales de la parte especial del StGB presuponen como algo obvio que la **autoría** surge **inmediatamente de la realización del tipo**. Quien **comete por sí mismo** la acción amenazada con una pena y cumple en

Prinzipien von *Täterschaft* und Teilnahme in europäischer Rechtstradition, 2010; *Rotsch*, "Einheitstäterschaft" statt Tatherrschaft, 2009, p. 131 y ss.; *el mismo*, ZIS 15, 577, 580; *Schmoller*, GA 2006, 365; *Volk*, *Roxin*-FS, p. 563; *Weißer*, Täterschaft in Europa, 2011, p. 131 y ss.

2 Afirma esto *Beulke/Bachmann*, JuS 92, 744; *Frister*, AT, 26. cap. n. m. 4; *Haas*, StudZR 15, 297; SK-Hoyer, § 25 n. m. 150 y ss.; *el mismo*, Puppe-FS, p. 515; MK-*Joecks*, § 25 n. m. 275 y ss.; *Küpper*, GA 1998, 519, 526; *Otto*, Jura 98, 412; *Renzikowski*, *Täterbegriff*, p. 282 y ss.; *el mismo*, Otto-FS, p. 423; *Roxin*, Täterschaft, p. 770 y ss.; *Weißer*, JZ 98, 230; véase también *Dencker*, p. 178; *Geppert*, Jura 11, 30, 32; *Kraatz*, Die fahrlässige Mittäterschaft, 2005.

3 Rechaza esto *Gropp*, GA 2009, 265; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 477 y 544; *Puppe*, GA 2004, 129; *Rotsch*, Puppe-FS, p. 887.

su persona con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo objetivo es, **sin más, "autor"**, § 25.I Alt. 1[4].

742 En consecuencia, en el **caso n.° 16**, tiene que constarse, en principio, el tipo que ha realizado W. El homicidio de **J** configura objetiva y subjetivamente el tipo del § 212. Especialmente, el hecho de que W haya confundido a J con F (*error in persona*) no afecta en nada a su dolo (v. n. m. 360 y ss.). Su **autoría** deriva forzosamente de la circunstancia de que él **realiza de propia mano** el tipo del § 212, o sea, de que él ha "**cometido por sí mismo**" el hecho punible (§ 25.I Alt. 1).

Puesto que, además, W ha actuado "con codicia" y "alevosamente", se han configurado los elementos del asesinato previstos en el § 211.II.1 y 2 grupo: tiene que afirmarse una actuación con **codicia** cuando el autor, como en el caso de W, se determina a eliminar una vida humana ajena debido a un **ánimo de lucro despiadado y reprobable** (aquí: mediante la promesa de una recompensa). Actúa **alevosamente** quien **para matar se aprovecha de modo consciente del descuido y de la indefensión de la víctima.** El hecho de que J haya estado premunido de armas, por estar invitado a la cacería, no afecta la cuestión respecto a su indefensión, pues en el momento del hecho él no se esperaba el ataque de un enemigo y la situación de **indefensión** surge aquí justamente de esa **imprevisión.** W aprovechó esta situación de un modo reprochable para matar a J[5].

W cometió un **segundo asesinato** (§§ 212 y 211) al haber disparado **también a F.**

A continuación, tiene que comprobarse la punibilidad de A. A hizo surgir en W la decisión de matar **a F** y le proveyó de las armas usadas para la perpetración del hecho, pero no participó por sí mismo en la ejecución del hecho (homicidios de F y J). Aquí la cuestión reside en saber si A tiene también que ser considerado autor o solo partícipe de los hechos punibles cometidos directamente por W.

II. La delimitación entre autoría y participación

743 La discusión respecto a la forma en la que debe distinguirse entre las diferentes formas de intervención adquiere relevancia sobre todo en cuanto a la relación entre autoría mediata e instigación, así como entre coautoría y complicidad.

4 BGHSt 38, 315; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 53; crít. *Hillenkamp, Schünemann*-FS, p. 407; al respecto, *Roxin*, Täterschaft, p. 552.

5 Detalles en *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 107 y ss.

1. La teoría objetivo-formal

744 De acuerdo con la antigua teoría **objetivo-formal**, es autor quien por sí mismo efectúa total o parcialmente una **acción ejecutiva**. Es partícipe quien solo contribuye a la realización del tipo mediante una **acción preparatoria o de colaboración.**

Esta teoría, predominante en la doctrina jurídica hasta 1930, resulta muy restringida y en la actualidad es defendida solo de forma aislada[6]. Su punto débil reside en que no alcanza a explicar la figura jurídica de la autoría mediata, prevista legalmente, ni está en condiciones de comprender como coautor, por ejemplo: al jefe de la banda que permanece tras la sombra en los casos de comisión conjunta del hecho.

2. La teoría del dominio del hecho

745 Entretanto en la doctrina, en el marco de las más recientes **teorías objetivo-material** y **objetivo-final**, se ha impuesto la teoría del dominio del hecho en sus diferentes manifestaciones, la cual resalta el concepto de "dominio del hecho", compuesto de criterios objetivos y subjetivos, como principio fundamental para la delimitación entre autoría y participación. En tal sentido, **dominio del hecho** significa "**mantener en las propias manos, abarcado por el dolo, el curso del hecho típico**"[7].

Este dominio del hecho se manifiesta[8] en la autoría directa como "**dominio de la acción**", en la autoría mediata como "**dominio de la voluntad, del conocimiento o de la organización**" por parte del hombre de atrás, y en la coautoría como "**dominio funcional del hecho**" de los coautores que actúan mediante un reparto de tareas.

746 De acuerdo con ello, es **autor** quien, como "figura central" —figura clave— del suceso, posee el dominio del hecho orientado o configurado de acuerdo al plan, lo que, en tal sentido, deja a su voluntad el impedir o permitir la realización del tipo. Es **partícipe** quien, sin tener dominio del hecho y como "figura periférica" del suceso fáctico, motiva o favorece[9] la comisión del hecho.

6 *Freund*, AT, § 10 n. m. 35; sobre ello, *Roxin*, Täterschaft, p. 684 y ss.

7 *Maurach*, AT, 4. ed, 1971, § 49.II C 2; exhaustivamente, Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 47 n. m. 85 y ss.

8 Fundamental *Roxin*, Täterschaft, p. 107 y ss.

9 Más detalladamente *Beulke/Ruhmannseder*, Volk-FS, p. 45; Damnjanović, Die Beteiligungsformen im deutschen und serbischen *Strafrecht* sowie in der ICTY-*Rechtsprechung*, 2013, p. 19 y ss.; S/S-*Heine/Weißer*, Vorbem. §§ 25 y ss. n. m. 72 y ss.; *Herzberg*, p. 7;

A una perspectiva general distinta, apartada de todas las teorías convencionales, llega *Stein*, quien busca las diferencias esenciales entre cada una de las formas de intervención individual ya en el nivel de las normas de comportamiento y se esfuerza[10] por lograr "una sistematización funcional" de la problemática de la delimitación. 747

También *M. Heinrich* se muestra crítico frente a la teoría del dominio del hecho y, por su parte, se orienta[11] más bien a "la titularidad de la decisión" como criterio para determinar la existencia de un comportamiento propio de la autoría. En el resultado esto se asemeja en gran parte a la teoría del dominio del hecho.

3. La teoría subjetiva

La **teoría subjetiva**, defendida mayoritariamente en la (antigua) jurisprudencia, se vincula al sentido de la voluntad y a la actitud interna de los intervinientes respecto al hecho: es **autor** quien actúa con **voluntad de autor** (*animus auctoris*) y quiere el hecho "como propio". A diferencia de ello, es un mero **partícipe** quien actúa con **voluntad de partícipe** (*animus socii*) y quiere incentivar o favorecer el hecho "como ajeno". 748

La teoría subjetiva no ha tenido una evolución uniforme en la jurisprudencia. Junto a decisiones que rechazan[12] completamente una delimitación con base en un criterio subjetivo, en casos excepcionales se ha recurrido a una "**teoría subjetiva extrema**", con base en la cual, en los casos de existencia de "relaciones de subordinación" y de ausencia de interés propio del ejecutor, se sancionaba solo como **cómplice** a quien había[13] **realizado completamente** y por sí mismo **el tipo legal**. El § 25.I Alt. 1 ha dejado sin fundamento[14] a la "teoría subjetiva extrema". Esto debe ser visto de forma positiva, pues la "fórmula del ánimo", a la que dicha teoría recurre, no constituye nada más que un eslogan vacío de contenido, que dio a

SK-*Hoyer, Vor* § 25 n. m. 11 y 15; *Jakobs*, AT, 21/35; *Jescheck/Weigend*, AT, § 61 V; Mk-*Joecks*, § 25 n. m. 34; *Krey/Esser*, AT, n. m. 825, ss., 844 y ss.; *Kühl*, JA 14, 668; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993, p. 180 y ss.; *Renzikowski*, Täterbegriff, p. 50 y ss.; *el mismo*, Schünemann-FS, p. 495; *Roxin*, AT II, § 25 n. m. 10 y ss.; LK-*Schüneman*, § 25 n. m. 32 y ss.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 n. m. 15; crít. *Haas*, Die Theorie der Tatherrschaft und ihre Grundlagen, 2008; *el mismo*, ZStW 119 [2007], 519; NK-*Schild*, § 25 n. m. 23 y ss.; *el mismo*, Täterschaft als Tatherrschaft, 1994; *Sinn*, Straffreistellung aufgrund von Drittverhalten, 2007, p. 143.

10 *Stein*, Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre, 1988, p. 221 y ss.; por el contrario, críticas fundadas en *Küper*, ZStW 105 [1993], 445; *Roxin*, AT, II § 25 n. m. 36; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 12.

11 *M. Heinrich*, S. 8, 183; sobre el *Roxin*, Täterschaft, p. 687.

12 Así, BGHSt 19, 135 para § 216.

13 Así, *RGSt 74, 84* (caso *Badewannen*); BGHSt 18, 87 (caso *Staschynskij*); además, BGH NJW 51, 323.

14 Cfr. BGHSt 38, 315; cuestión dejada abierta en BGH *wistra* 87, 106; también adhiere una "reserva" favorable a la antigua jurisprudencia *Hillenkamp*, Schünemann-FS, p. 407.

la jurisprudencia la posibilidad de convertir la autoría y la participación en conceptos intercambiables a voluntad cuando una reducción de la pena deseada no podía alcanzarse de otro modo[15].

749 Si bien la jurisprudencia reciente también defiende una delimitación que de forma general se orienta por un criterio subjetivo, sin embargo, ella viene experimentando en la actualidad una clara **objetivación**, para lo cual, también se tiene en cuenta la actitud subjetiva respecto al hecho como consecuencia de una consideración valorativa general. Los puntos de referencia esenciales para ello son el **grado de interés propio** en el resultado del hecho y el **grado de intervención en el hecho**, así como el **dominio del hecho** o, por lo menos, la **voluntad de dominar el hecho** (= teoría **subjetiva** con un **fundamento objetivo-típico**)[16].

4. Toma de posición

750 Se tiene que seguir a la doctrina dominante en cuanto a que una delimitación adecuada de las distintas formas de intervención no puede llevarse a cabo únicamente con base en criterios subjetivos ni tampoco solo con base en un criterio objetivo.

Una consideración meramente **subjetiva**, que no tome en cuenta la relevancia material del aporte objetivo al hecho por parte de los intervinientes en la realización del tipo, **carece del fundamento legal de la autoría**, pues desvincula a la "voluntad de autor" del tipo, aísla a esta de un modo absurdo y deja de lado las referencias objetivas a las que la ley (como claramente expresa el § 25.I Alt. 1) atribuye un significado decisivo[17].

De otro lado, a una perspectiva meramente **objetiva** se opone el hecho de reconocer que la esencia de la autoría no se agota en la "dominabilidad objetiva" del concreto curso del suceso. Pues, como muestra el § 25.II, respecto a la comisión conjunta del hecho con base en una **actuación conjunta consciente y querida, la orientación de la voluntad** de los intervinientes junto a la **distribución de roles prevista en el plan** es decisiva para determinar en

15 Sobre los fundamentos: *Hartung*, JZ 54, 430; sobre la crítica: *Bloy*, p. 99 y ss.; *Roxin*, Täterschaft, p. 559, ss., 617 y ss.

16 Cfr. BGHSt 35, 347; 40, 218, 236; 45, 270, 296; 49, 166 (caso *Sado-Maso*); 51, 219, 221 con obs. *Puppe*, JR 07, 299; BGH wistra 01, 420 (caso *Bernsteinzimmer*); BGH NJW 04, 3051 (*La Belle-Anschlag*); BGH NStZ 08, 273 con discusión *Kudlich*, JA 08, 310; BGH NStZ 10, 445, 447 s. (*Mord des GBA durch RAF*) con obs. *Verrel*, NStZ 11, 87; BGH HRRS 16 Nr 436; una presentación de la jurisprudencia en *Roxin*, BGH-Wiss-FS, p. 177; *el mismo*, AT II, § 25 n. m. 22 y ss.; NK-*Schild*, § 25 n. m. 33 y ss.

17 Cfr. también *Hardtung/Putzke*, AT, n. m. 1329 y ss., 1376; quienes argumentan a favor de un concepto de dominio del hecho estrictamente normativo.

qué medida pueden serles imputados a cada coautor los actos de ejecución, cuyo dominio solo posee objetivamente otro interviniente. Aquí, el criterio del dominio del hecho "propio" pierde relevancia frente a la **voluntad conjuntamente planeada** y **configurada** respecto al **si** y al **cómo** del hecho. En tal sentido, la opinión dominante señala acertadamente que el jefe de la banda que concibe el plan criminal y organiza su ejecución también es responsable como coautor cuando él no está presente en el lugar de los hechos y son otros quienes ejecutan solos lo convenido en el plan (cfr. n. m. 764).

751 Así como todo hecho punible constituye una unidad de sentido consistente en elementos objetivos y subjetivos, así también, solo puede delimitarse apropiadamente entre autoría y participación con base en el tipo legal y mediante una **síntesis de criterios objetivos y subjetivos.** El camino más convincente para acometer esta tarea es el principio orientador del **dominio del hecho.**

Por consiguiente, lo decisivo para la **autoría** es si, y en qué medida, el interviniente individual, de acuerdo a la **forma y a la relevancia de su contribución objetiva al hecho**, así como a causa de la **intervención de su voluntad**, domina o domina conjuntamente la realización del tipo, así como la forma en la que esta ocurre de un modo tal que el **resultado** aparece (también) **como obra de su voluntad orientada al objetivo o como hecho configurado por su voluntad.** Su contribución al hecho debe desempeñar[18] una **función esencial.**

Por el contrario, la **participación** es la incitación o el apoyo, sin tal dominio del hecho, de un hacer o de una omisión ajenos. Hay que valorar positivamente que la jurisprudencia más reciente venga efectuando —aun cuando recurriendo a un fundamento subjetivo— un acercamiento a la teoría del dominio del hecho[19].

752 En el caso de delitos consumados, la **determinación** de la delimitación entre autoría y participación debe realizarse en el marco del tipo objetivo con referencia a la correspondiente acción (más detalles en v. n. m. 1209 y ss.).

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 88 ss., 159, Klausurenkurs II, n. m. 20 y Klausurenkurs III n. m. 285.

18 BGH NStZ 08, 273; *Kühl*, JA 14, 668, 671; *Rengier*, AT § 44 n. m. 40; crít. Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 49 n. m. 39.

19 Igualmente *Küpper*, GA 1986, 437; escéptico *Krey/Esser*, AT, n. m. 854 y ss.; *LK-Schünemann*, § 25 n. m. 28 y s.

Dado que en la tentativa todo lo que corresponde al tipo objetivo de un delito consumado (detalles en n. m. 1203), en la tentativa la delimitación entre autoría y participación tiene entonces que realizarse en el ámbito de la **decisión al hecho.**

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n.m. 90,183 y Klausurenkurs III, n. m. 419

5. Particularidades de un concepto de autor referido al tipo

753 De la vinculación de la teoría del autor al tipo se sigue que los criterios del concepto de autor están orientados a las **particularidades del correspondiente tipo penal**. En una serie de delitos solo posee la calidad de autor aquel interviniente que satisface las exigencias especiales impuestas por el tipo penal para el autor. Por lo tanto, aquel que resulte ajeno a esos requisitos (***extraneus***) **no** puede ser **autor, coautor ni autor mediato**, sino únicamente partícipe. La cuestión referida a si la autoría depende de criterios especiales tiene que resolverse[20], en primer lugar, con base en el texto y la estructura de cada tipo penal.

754 Así ocurre con los **delitos especiales propios** (v. n. m. 54), que limitan desde un inicio el círculo de posibles autores, exigiendo en el tipo legal un estatus especial para el autor (por ejemplo, en §§ 203, 331 y ss. mediante la condición de médico, abogado, notario, funcionario público, juez, etc.).

Si N, quien no es funcionario público, realiza dolosamente una inscripción registral falsa no puede ser autor, sino solo partícipe de una falsedad ideológica en el ejercicio de funciones (§ 348) debido a que carece de la "calidad de autor", aun cuando él domine el proceso de inscripción. En cambio, si el registrador G induce a N a realizar tal inscripción, entonces G no es solo un instigador, sino autor mediato, pues se ha servido[21] de un "instrumento doloso no cualificado" para la ejecución de la inscripción.

755 En los **delitos de propia mano** (v. n. m. 50), ya solo la circunstancia de que la ejecución del hecho se lleve a cabo de esa forma resulta decisiva. Quien no efectúa por sí mismo las acciones típicas no puede aquí ser autor, sino únicamente un partícipe (instigador o cómplice)[22]. En los delitos de propia mano,

20 *Roxin*, JZ 66, 293; véase también BGHSt 58, 115 con obs. *Kraatz*, JR 13, 466 (respecto al § 283.I, II); BGHSt 58, 218 con discusión *Höll*, wistra 13, 455 (respecto al § 370.I AO); *Kudlich*, Schroeder-FS, p. 201.

21 S/S-*Heine/Weißer*, Vor §§ 25 n. m. 82; rechaza esto *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 9 n. m. 35 y s.; más profundamente *Mitsch*, Jura 14, 585, 590 ss.

22 BGH NStZ 10, 456 (respecto a los §§ 51, 52 WaffG); *Roxin*, AT II, § 25 n. m. 288 y ss.; *Satzger*, Jura 11, 103, 106; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 45 y ss.

no hay **coautoría ni autoría mediata** de aquellos que no efectúan acciones ejecutivas de forma personal.

En ese sentido, solo puede ser autor de un **delito cometido por medio de una declaración** en el sentido del §§ 153 y 154 quien presta la declaración, pero no aquel otro interviniente que incita al declarante o coopera dolosamente en la declaración falsa. Quien, por ejemplo, lleva por medio de engaño a un tercero de buena fe a realizar una declaración objetivamente inexacta, a sabiendas de la situación real, no es autor mediato del delito de declaración falsa no juramentada (§ 153), a pesar de su conocimiento de los hechos, sin embargo, podría ser punible[23] con base en el § 160.

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs III, n. m. 517

En los denominados "**delitos de infracción de deber**", cuyo tipo requiere la existencia de una posición de deber, la posibilidad de una autoría depende de que quien actúa u omite actuar esté vinculado a un deber especial específicamente referido al tipo[24]. **756**

En la administración desleal (§ 266), la posición de deber deriva del deber de protección del patrimonio. Otros "delitos de infracción de deber" son, por ejemplo: la fuga del lugar de un accidente de tránsito (§ 142), así como la infracción contra los deberes jurídico-familiares de prestar alimentos, de asistencia y educación y de custodia (§§ 170, 171, 221.I Nr. 2, 225)[25].

También constituyen delitos de infracción de deber los **delitos de omisión impropia**, en los que la posición de deber resulta de la posición de garante (§ 13). Por consiguiente, solo quien tiene una posición de garante posee aptitud para ser autor de un delito de omisión impropia. Por tal razón, en este ámbito, la delimitación entre autoría y participación se lleva cabo de acuerdo con las reglas generales solo si el omitente tenía una posición de garante (adicionalmente n. m. 1032 y ss.)[26]. **757**

23 Más detalladamente, al respecto, *Geppert*, Jura 02, 173, 178; *Jäger*, BT, n, m. 566 y ss.; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/2, § 75 n. m. 96 y ss.; *H.E. Müller*, Falsche Zeugenaussage und Beteiligungslehre, 2000, p. 125 y ss.; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 782 y ss.

24 Más profundamente, *Roxin*, Schünemann-FS, p. 509; así como *Pariona*, Schünemann-FS, 469.

25 Más detalladamente, *Herzberg*, S. 32 y ss.; *Roxin*, Täterschaft, p. 352, ss., 772 y ss.; *el mismo*, AT II, § 25 n. m. 267 y ss.

26 Discrepa *Roxin*, Täterschaft, p. 352, ss., 772 y ss.; *LK-Schünemann*, § 25 n. m. 32, ss. y 162.

III. Autoría directa y autoría mediata, coautoría y autoría paralela

1. La autoría directa

758 Es **autor directo** quien **comete** el hecho punible personalmente y **por sí mismo** (§ 25.I Alt. 1).

En el **caso n.° 16**, este requisito es cumplido por W, pero no por A. Teniendo en cuenta su contribución al hecho una autoría de A solo podría tener la forma de una coautoría (§ 25 II) o de una autoría mediata (§ 25.I Alt. 2).

2. La coautoría

759 Constituye **coautoría** la realización común de un hecho punible mediante una **actuación conjunta consciente** y **querida.**

760 A diferencia de ella, existe una mera **autoría paralela** cuando varias personas **independientemente una de otra** (o sea, sin una actuación conjunta consciente y querida) producen el resultado típico. Sin embargo, el simple hecho de que los intervinientes no se conozcan entre sí no lleva a la autoría paralela, pues tal circunstancia también puede existir en la coautoría, siempre que se cumpla con los requisitos de esta[27]. La autoría paralela se presenta más frecuentemente en los delitos imprudentes (cfr. n. m. 926 y ss.) que en los delitos dolosos, en los cuales aquella viene en consideración, entre otros casos, en aquellos supuestos en los que quien actúa se aprovecha, para sus propios fines, de una decisión al hecho ajena (en ese sentido, por ejemplo, en el conocido caso *Dohna* se entera de que Schütz quiere dispararle por la espalda al caer la noche en un determinado lugar. Sin embargo, Fuchs atrae mediante engaños a Fuchs, enemigo suyo, hacia el lugar de los hechos, donde, de acuerdo con sus expectativas, Schütz lo confunde con Fuchs y le mata)[28]. Cada autor paralelo tiene que responder como autor individual únicamente por su **propia porción del hecho**[29].

761 **a)** La coautoría se fundamenta en el principio de la actuación con base en la división de tareas y en el reparto funcional de roles. Cada interviniente, en tanto "**asociado en igualdad de condiciones**", es portador de la **decisión común del hecho** (plan común del hecho) y de la **realización conjunta del tipo** (**ejecución común del hecho**), de modo que las contribuciones indivi-

27 BGH wistra 10, 103.

28 Instructivo al respecto *Spendel*, Lange-FS, p. 147, 167; *Vogel/Fad*, JuS 02, 790; distinto LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 104 y *Wolters*, [2] p. 52, que asume aquí la autoría mediata.

29 Véase con más detalle BGHSt 4, 20; BGH NStZ 96, 227; *Fincke*, GA 1975, 161; *Murmann*, Die Nebentäterschaft im Strafrecht, 1993.

duales al hecho se complementan en un todo uniforme y el resultado general tiene[30] que imputarse de forma total a cada uno de los intervinientes.

En la jurisprudencia, la delimitación entre coautoría y participación se efectúa de la siguiente manera. Existe coautoría "cuando un interviniente en el hecho no solo coopera en un hacer ajeno, sino que considera su contribución como parte de la actividad de otro y, a la inversa, al hacer de este como complemento de su propia porción del hecho. Cuando intervienen varias personas y no todas ellas realizan todos los elementos del tipo, actúa en coautoría quien realiza su propia contribución al hecho común de una manera tal que ella aparece como parte de la acción de otro interviniente y, a la inversa, el hacer de este aparece como complemento de la propia parte del hecho [...]. La determinación de que un interviniente posee una tal estrecha relación con el hecho tiene que realizarse con relación a las **circunstancias totales**, abarcadas por su representación, mediante una **consideración más valorativa**. Para ello, pueden servir como puntos de referencia esenciales el grado del **propio interés** en el resultado del hecho, la **magnitud de la intervención en el hecho** y el **dominio del hecho** o, por lo menos, la voluntad de **dominar el hecho**"[31].

El necesario acuerdo entre los coautores puede realizarse explícita o tácitamente (implícitamente)[32] e, incluso, **durante la ejecución del hecho** (**coautoría sucesiva**). No obstante, se discute en qué medida pueden imputarse las circunstancias fácticas o agravantes adicionales que se presentan **antes de la consumación del hecho** o, incluso, en la **fase entre la consumación y el agotamiento**. En todo caso, una tal imputación no es posible respecto de aquellos sucesos que **ya habían**[33] **cesado completamente al momento de la intervención**. Más allá de estos casos claros, la jurisprudencia afirma que, en principio, solo de la mera aceptación del resultado no es posible deducir ya una coautoría sucesiva. Además de ello, se tiene que saber que tales circunstancias adicionales constituyen una contribución para la realización del

762

30 BGHSt 24, 286; 34, 124; 37, 289; *Küpper*, ZStW 105 [1993], 295; crít. *Dencker*, p. 120, 148 y ss.; discrepa *Lesch*, ZStW 105 [1993], 271 y JA 00, 73, quien considera superflua una decisión conjunta al hecho y cree resolver ello con los criterios de la imputación objetiva; *Puppe*, AT, § 22 n. m. 6 y GA 2013, 514, 521 y ss., quien parte de una instigación recíproca de los coautores; respecto a ella: *Jakobs*, Puppe-FS, p. 547 y ss.

31 BGH StV 13, 387; v. también BGHSt 37, 289, 291; 47, 383 con obs. *Heinrich*, JR 03, 213; BGH NStZ-RR 10, 236 con una discusión crít. *Hecker*, JuS 10, 738; BGH StV 15, 633.

32 BGH NStZ 85, 70; 03, 85; 13, 400; *Kasiske*, AT, n. m. 179.

33 BGH NStZ 09, 631; StV 16, 106; HRRS 16 Nr 427 con obs. *Kudlich*, JA 16, 470; OLG Naumburg BeckRS 13, 14035 con discusión *v. Heintschel-Heinegg*, JA 13, 871; *B. Heinrich*, AT, n. m. 1239.

tipo[34]. Por el contrario, la doctrina dominante rechaza, en general, una imputación de aquellos comportamientos que se producen durante el periodo entre la consumación y el agotamiento y, en todo caso, hace una excepción[35] para los delitos permanentes.

763 **b)** La coautoría exige objetivamente que cada interviniente, como consecuencia de su decisión común al hecho y en el marco de este, realice una **contribución al hecho** que sea necesaria para la comisión del delito. Como **contribución objetiva al hecho**, en el sentido del § 25.II, viene sobre todo en consideración una intervención en la acción ejecutiva misma. De acuerdo con la jurisprudencia y la opinión dominante, el fundamento de la voluntad común hace que baste la realización de una mera acción preparatoria o de apoyo[36] y, en determinadas circunstancias, incluso también un mero apoyo moral[37]. Sin embargo, tiene que determinarse de forma especialmente cuidadosa si el "déficit en la intervención" en la ejecución del hecho se equilibra con el "plus" del **planeamiento de la configuración conjunta del delito** y si la porción en el dominio conjunto del hecho alcanza, por lo menos, el umbral mínimo del denominado "**dominio funcional del hecho**"[38]. La mera voluntad del interviniente que no se halla en el lugar de los hechos, referida a considerar el hecho como "conjunto", no fundamenta una coautoría aun cuando haya un interés en el resultado del hecho[39].

764 Por el contrario, una opinión en la literatura exige que, en el ámbito del § 25.II, cada coautor realice una **intervención en la fase de ejecución** que sea significativa para el resultado[40]. De acuerdo con esta opinión, el jefe de una banda

34 BGHSt 54, 69, 129; BGH NStZ 08, 280 con una discusión crítica *Walter*, NStZ 08, 548; BGH NStZ 12, 207, 379 y s.; igualmente *Fischer*, § 25 n. m. 21 y s.

35 *Geppert*, Jura 11, 30, 34 y s.; *Grabow/Pohl*, Jura 09, 656; S/S-*Heine/Weißer*, § 25 n. m. 96 y s.; *Klesczewski*, BT/II, p. 39; *Krey/Esser*, AT, n. m. 954 y ss.; *Murmann*, Grundkurs, § 27 n. m. 61 y s.; *Seher*, JuS 09, 305, 306 y s.; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 197 y ss.; AnwK-StGB-*Waßmer*, § 25 n, m. 67 y ss.

36 BGHSt 14, 123; 37, 289; 40, 299 con obs. Crít. *Küpper*, NStZ 95, 331; BGH wistra 12, 433 con una discusión a favor *Hecker*, JuS 13, 177; BGH NStZ 13, 104.

37 BGHSt 11, 268; 16, 12; 32, 165.

38 Cfr. BGH NStZ 14, 81; JZ 16, 103 (*Völkermord in Ruanda*); HRRS 16 Nr 194; S/S-*Heine/Weißer*, § 25 n. m. 67.

39 BGH NStZ-RR 16, 6.

40 *Chr. Becker*, Das gemeinschaftliche Begehen und die sogenannte additive Mittäterschaft, 2008, p. 54; *Bloy*, GA 1996, 424; *Erb*, JuS 92, 197; *M. Heinrich*, S. 291; *Herzberg*, p. 65; *el mismo*, JZ 91, 856; *Köhler*, AT, p. 518; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 49 n. m. 40 y ss.; *Puppe*, GA 2013, 514, 522 y ss.; *Rudolphi*, Bockelmann-FS, p. 369;

que diseña un plan y fija todos los detalles de su ejecución no sería coautor, sino únicamente instigador si solo los otros intervinientes ejecutaran el hecho (por ejemplo: un hurto con fractura) según lo acordado, mientras que él mismo (para evitar las sospechas sobre él y su banda) asiste, durante la ejecución de los hechos, a una sesión de teatro. Naturalmente, él debería ser considerado coautor si (sin estar en el lugar de los hechos) permanece en contacto por radio o teléfono con su banda y, de esa manera, lleva a cabo su intervención[41].

La mencionada opinión no es convincente, pues el **jefe de la banda**, que se encarga del planeamiento y de la organización del hecho, **configura el curso del suceso fáctico de forma tan esencial** que en todos los casos el resultado también es obra de su voluntad dirigida y configurada para alcanzar ese fin. Pese a la ausencia de una intervención en el núcleo del suceso, él no induce a terceros a realizar un hecho "ajeno" respecto a él, sino que, a través de una actuación conjunta consciente y querida con los otros intervinientes, realiza un **hecho común**, el que (por lo menos, también) constituye **su propia obra**. En vista de su rol directivo y de la función decisiva de su contribución al hecho, no resultaría apropiado considerarlo como una figura secundaria del suceso y sancionarlo únicamente como inductor[42]. También desde el punto de vista de la teoría del dominio del hecho no existe **ninguna razón** para limitar la **comisión conjunta**, en el sentido del § 25.II, a la intervención real o, por lo menos, planeada **en la fase de la ejecución**. Aquí solo resulta esencial que la contribución prestada de forma previa continúe produciendo efectos[43] durante el suceso ulterior como parte de la actividad de todos, y que esto se encuentre cubierto por la decisión original al hecho[44]. Este efecto no solo se sigue de la circunstancia de que el interviniente se halla[45] vinculado al plan elaborado conjuntamente. Por eso la mera **pertenencia a una banda** considerada aisladamente y de modo independiente de la concreta contribución al hecho no es aún suficiente para fundamentar la comisión de un delito en coautoría por medio de un integrante de la banda[46].

NK-Schild, § 25 n. m. 139; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 180 y ss.; *Stein*, StV 93, 411; *Zieschang*, ZStW 107 [1995], 361; limitando también *SK-Hoyer*, § 25 n. m. 119, quien exige por lo menos el plan de prestar una contribución esencial al hecho en el estadio de ejecución.

41 *Roxin*, JA 79, 519, 522; *el mismo*, AT II, § 25 n. m. 200, 210.

42 Como aquí BGHSt 33, 50, 53; BGH wistra 99, 386 con obs. y rechazando ello *Krack*, JR 00, 423; BGH NStZ 03, 253; *Beulke*, Anm. JR 80, 423; *Gaede*, JuS 03, 777; *Gropp*, AT, § 10 n. m. 85 y s.; S/S-*Heine/Weißer*, § 25 n. m. 67; *v. Heintschel-Heinegg*, Prüfungstraining, n. m. 150; *Jakobs*, AT, 21/52; *el mismo*, Puppe-FS, S. 547; *Jescheck/Weigend*, AT, § 63.III.1; MK-*Joecks*, § 25 n. m. 200; S/S/W-StGB-*Murmann*, § 25 n. m. 42; *Otto*, Jura 98, 410; *Rengier*, JuS 10, 281 y s.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 n. m. 94.

43 BGHSt 37, 289; BGH StV 13, 387.

44 BGH NStZ 09, 25 con obs. a favor *Roxin*, NStZ 09, 7.

45 BGH BeckRS 14, 19208.

46 Cfr. BGHSt 46, 321, 338; BGH wistra 13, 307; *Altenhain*, ZStW 113 [2001], 112; *Toepel*, ZStW 115 [2003], 60; sobre el problema de la punibilidad en un ámbito previo: *Flemming/Reinbacher*, NStZ 13, 136.

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 378, Klausurenkurs II, n. m. 236 y Klausurenkurs III, n. m. 285.

765 c) Para la comisión común de un hecho punible, los requisitos del tipo legal tienen que concurrir en la persona de cada uno de los coautores. De allí que solo pueda ser coautor quien pueda ser considerado[47] como **autor idóneo** del correspondiente delito y cuando, junto a las circunstancias personales[48] que fundamentan la pena, también concurran en su persona las **especiales intenciones** mencionadas en la ley como, por ejemplo, el ánimo de apropiación en los §§ 242, 249 o el ánimo de mantener la posesión en el § 252[49]. Por consiguiente —a diferencia del ámbito de la acción— no hay una imputación recíproca respecto a ellos.

Ejemplo: A y B sustraen conjuntamente de una tienda de objetos electrónicos el celular que A quiere obtener para poder ser localizable fuera de su casa. Cuando son descubiertos cerca a la salida por un detective encargado de la vigilancia del local, B, en conveniencia con A, le propina al detective un violento puñetazo, para permitir que A escape con el celular sustraído.

Mientras que, en el ámbito del § 242, es suficiente con el ánimo de apropiarse antijurídicamente de la cosa sustraída **para un tercero**, el § 252 solo viene en cuenta cuando el autor emplea un medio de coacción para asegurarse la posesión del botín para **sí mismo**. Si se considera el curso de los hechos, en el momento en que se empleó la violencia, B no compartía la posesión del celular. Incluso, si uno parte de que, de acuerdo con el § 25.II, la posesión ejercida por A puede imputársele a B, sin embargo, no es correcto que este sea sancionado como coautor de hurto con violencia, puesto que a él solo le importaba que A conservara la posesión ajena sobre el celular y de esa forma permitirle[50] su apropiación. Grandes dificultades genera la cuestión referida a si la utilización de violencia de B puede imputársele a A, de acuerdo con el § 25.II, de modo que él pueda ser sancionado por un hurto con violencia cometido en coautoría. Una parte de la doctrina afirma esto último (denominada **coautoría aislada**; v. n. m. 768)[51], mientras que otra, considerando la vinculación de la (co)autoría (¡§ 25.II exige la comisión conjunta de un "hecho punible"!) al tipo expresa acertadamente su duda y más bien (recurriendo a la figura jurídica del "instrumento doloso sin intención", cfr. n. m. 775) defienden la asunción de una autoría mediata[52].

47 BGHSt 14, 123, 129; 15, 1; 37, 106, 114 y ss.

48 Cfr. BayObLG StV 99, 255 con obs. *Klesczewski*.

49 BGH NStZ 98, 158.

50 Cfr. BGH StV 15, 114 con obs. *Jahn*, JuS 15, 78; *Fischer*, § 252 n. m. 9.a y 11.a; *SK-Sinn*, § 252 n, m. 24; de otra opinión *Weigend*, GA 2007, 274.

51 *Frister*, AT, 25. Cap. n. m. 23; NK-*Kindhäuser*, § 252 n. m. 25; *Rengier*, BT I, § 10 n. m. 20; *el mismo*, Puppe-FS, p. 849, 850; crít. *Dehme-Niemann*, JuS 08, 589, 591.

52 *Eisele*, BT II, n. m. 420 y s.; *Haas*, JR 13, 104, 111 y ss.; *LK-Vogel*, § 252 n. m. 71; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 408; cfr. también BGH NStZ 13, 103.

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs II, n. m. 250.

Si durante la ejecución del hecho varían las intenciones especiales de un coautor, esto no tendrá relevancia para la sanción del otro. 766

Ejemplo:

A y B acuerdan llevar a cabo conjuntamente un robo y repartirse el botín de manera equitativa (§§ 249, 25.II). A amordaza a la víctima y, en el cuarto contiguo, B sustrae el dinero de la caja fuerte. Pero mientras B hacía esto decide quedarse con el dinero solo para él. Aun en el lugar de los hechos, B finge frente a A no haber encontrado nada. Pese a que, luego de la ejecución del hecho, A cree que el robo ha fracasado, de acuerdo con el § 25.II, él puede ser sancionado por robo consumado, puesto que a él le es imputable la sustracción realizada por B, a pesar del cambio en el plan realizado por B y, además, porque, en el momento del empleo de la violencia, A también tenía dolo referido al resultado de sustracción. Igualmente, el hecho de que B haya variado el ánimo de apropiación parcialmente ajeno en un mero ánimo de apropiación para sí mismo no se opone[53] a una sanción de A por el robo cometido conjuntamente.

d) Puesto que la coautoría lleva su contenido de injusto en sí misma y no lo deriva de un hecho ajeno, no vale para ella el principio de accesoriedad (cfr. n. m. 793 y ss.), decisivo para la instigación y la complicidad, sino más bien el principio de **imputación recíproca inmediata** de todas las contribuciones que son prestadas en una actuación conjunta consciente y querida. También los **elementos referidos al hecho que fundamentan una cualificación**[54] (como portar un arma, según el § 244.I Nr. 1.a) son imputados a los otros coautores, en tanto del texto del precepto no pueda deducirse excepcionalmente que un determinado elemento tiene que ser cumplido personalmente por cada coautor, a quien el precepto penal debe ser aplicado. Con base en esto, todos los coautores son responsables por el hecho en su totalidad, sin embargo, solo en el marco de la decisión común al hecho y de los límites definidos en los § 28 y 29. Las desviaciones del hecho que se ha planeado se consideran abarcados por el plan siempre que tenga que haberse contado con ellos en la ejecución del hecho y no varíen[55], en lo esencial, la gravedad o el grado de peligrosidad del hecho. Si un hecho se comete configurando un **ejemplo regular** (v. n. m. 163), tiene que llevarse a cabo la siguiente distin- 767

53 BGH NStZ 12, 508; en contra *Renzikowski,* JuS 13, 481; sobre la supuesta coautoría, v. n. m. 871; sobre la supuesta coautoría mediata, v. n. m. 790.

54 BGHSt GrS 48, 189 con obs. a favor *Altenhain*, NStZ 03, 437; al respecto, también *Nestler,* StV 02, 504; BGH NStZ 04, 263.

55 BGH NStZ 03, 662; BGH NStZ 12, 563.

ción: para los ejemplos regulares **referidos al hecho** (por ejemplo: hurto con fractura, §§ 242, 243.I.2 Nr. 1) vale de modo analógico el § 25.II, y para los ejemplos regulares **referidos al autor** (por ejemplo, hurto cometido profesionalmente, §§ 242, 243.I.2 Nr. 3) vale analógicamente el § 28.II (detalles discutidos)[56].

El **exceso de un coautor** no puede imputarse[57] a los demás intervinientes. Es decir, cuando en un asalto, conjuntamente planeado y ejecutado, uno de los coautores dispara a la víctima y esto no había sido acordado con los otros y tampoco era previsible para estos, la muerte de la víctima no les puede ser imputada. Sin embargo, no existe un exceso cuando la ejecución del hecho convenida es sustituida[58] por otra equivalente en peligrosidad y gravedad, si de acuerdo con las circunstancias del caso tenía que contarse[59] con la acción en cuestión o cuando a un coautor le es indiferente la forma de actuar del otro interviniente[60].

768 Dado que la autoría está vinculada al tipo, también existe —especialmente en relación con tipos cualificados y privilegiados— la posibilidad de una **coautoría parcial.**

Ejemplo[61]: F y su enamorada B deciden conjuntamente matar a O. F actúa motivado por el odio y por indiferencia, mientras que B lo hace por "solidaridad" con F. En principio, F intenta sin éxito romperle la nuca a O. Tras ello, B corta con una tijera la arteria carótida de O, dándole muerte. Aquí se debe imputar a F la muerte de O por medio de B, de acuerdo con el § 25.II. El será sancionado por homicidio, donde deberá considerarse la realización del elemento del asesinato referido a los móviles bajos que él ha realizado, de acuerdo con el §§ 211.II var. 1, 25 II. En el caso de B, respecto al elemento típico de la acción del homicidio, ello no requiere, por el contrario, de una imputación de acuerdo con el § 25.II, puesto que ella ha matado por sí misma a O y, respecto al móvil bajo realizado F, una imputación de acuerdo con el § 25.II está excluida debido al carácter personalísimo de ese elemento (referido al autor). Respecto a los móviles, hay que realizar una valoración propia para cada uno

56 Como aquí: LK-*Vogel*, § 243 n. m. 76; la jurisprudencia se remite de modo predominante a una valoración total en el marco de la determinación de la pena; cfr. BGHSt 43, 237, 240; a favor *Fischer*, § 46 n. m. 105; vert. SK-*Hoyer*, § 243 n. m. 56; MK-*Schmitz*, § 243 n. m. 82.

57 RGSt 57, 307; 67, 367; BGH NStZ 13, 462.

58 BGH NStZ 10, 81.

59 BGH NStZ 13, 400 con discusión *Hecker*, JuS 13, 943.

60 BGHSt 53, 145, 155 (caso *Coesfeld*) con discusión *Jahn*, JuS 09, 466.

61 Según BGH StV 15, 287.

de los coautores. Dado que el motivo de la "solidaridad" no está como tal prevista como un móvil bajo, solo corresponde a B una punibilidad por §§ 212, 25.II.

Ello muestra que, en una muerte cometida conjuntamente, un coautor puede ser culpable de un homicidio y otro de un asesinato[62]. La figura de la "**autoría aislada**" (v. n. m. 765) no es necesaria, pues es indiscutible que el § 212 se "halla" en el § 211 y solo queda de lado por la vía del concurso. Esto también es así en la opinión de la jurisprudencia, que considera el § 211 un tipo especial (n. m. 799), pues también los delitos especiales "contienen" otros delitos, que quedan de lado por la vía del concurso (por ejemplo, el hurto, § 242, es desplazado por la vía del concurso por el delito más específico del robo, § 249).

En los **delitos cualificados por el resultado** en el sentido del § 18, a cada coautor tiene que corresponder por lo menos imprudencia respecto de la consecuencia especial del hecho[63]. **769**

Si un coautor carece de ella, entonces, su punibilidad debe orientarse de acuerdo al tipo básico correspondiente y a sus modalidades adicionales (por ejemplo, según el §§ 223, 224 en lugar del § 227).

También es posible combinar la problemática del exceso y la de la cualificación por el resultado.

Ejemplo[64]: De acuerdo a lo convenido, los coautores A y B humillan y maltratan al punk C, en concreto, amenazándolo con matarlo en un chiquero y causándole lesiones corporales graves. Sin haberlo acordado previamente con A, B ataca a C en la cabeza usando sus botas militares, con la intención de matarlo. Como consecuencia de ello, C muere. Aquí B tiene que ser sancionado con base en los §§ 212/211. Sin embargo, no puede imputarse a A el homicidio o asesinato, pues constituye una acción de exceso. Respecto de A, permanece la imputación de las lesiones corporales cometidas en coautoría (§§ 223, ss. y 25.II). Si en la concreta situación era previsible (¡imprudencia!) para A que, posteriormente, el suceso se tornaría más grave y que B realizaría un ataque mortal, entonces, A podría ser sancionado incluso por lesiones corporales seguidas de muerte (§§ 227 y 25.II, 18).

Una **ampliación** del plan original **durante** la ejecución conjunta del hecho puede incluirse de mutuo acuerdo, de forma expresa o tácita, en la decisión al hecho, en tal caso no constituye un exceso para los demás intervinientes (v. n. m. 762). **770**

62 BGHSt 36, 231 con observaciones a favor *Beulke*, NStZ 90, 278; y con obs. en contra *Vietze*, Jura 03, 397; *Haas*, JR 13, 104; MK-*Schneider*, § 211 n. m. 257.

63 BGH NStZ 97, 82; 98, 511.

64 Según BGH NStZ 05, 93 (caso *Schweinetrog*) con obs. a favor *M. Heinrich*; igualmente: BGH NStZ 13, 280 con discusión a favor *Jäger*, JA 13, 312; parcialmente crít. *Isfen*, Jura 14, 1087; *Sowada*, Schroeder-FS, p. 621; *Stuckenberg*, Jakobs-FS, p. 693.

En casos en los que se varíe por cuenta propia o se exceda el plan original, el **acuerdo** respecto a esa ampliación al que se llega posteriormente tiene que ser **recíproco**. En ese sentido, no basta[65] con que los restantes intervinientes de forma unilateral hayan simplemente tomado conocimiento de ello y lo hayan consentido.

771 De acuerdo con la opinión dominante, el **error respecto de un objeto** por parte de un **coautor** (*error in persona vel obiecto*) también es irrelevante para los restantes coautores cuando la acción no excede los términos del acuerdo (por ejemplo: disparar a los perseguidores en caso sea necesario) y el error deja incólume el dolo típico como consecuencia de la equivalencia típica de los objetos (v. n. m. 360 y ss.)[66].

772 El **caso n.° 16** no ofrece ningún punto de referencia respecto a una actuación conjunta consciente y querida entre el hijo adoptivo A y el trabajador forestal W en la configuración del plan y su ejecución. A dejó a W la **decisión respecto al "si" y al "cómo" del hecho** y, en consecuencia, no actuó como coautor en el sentido del § 25.II.

3. La autoría mediata

773 Es **autor mediato** quien comete el hecho punible "**por medio de otro**" (§ 25.I Alt. 2), es decir, quien realiza el tipo legal de un delito de comisión dolosa haciendo actuar para sí en la ejecución del hecho a un "intermediario", que posee la forma de un "**instrumento humano**". En sentido figurado, el autor mediato se sirve de otras manos para la comisión de su propio hecho. Lo característico de la autoría mediata es la **posición subordinada del intermediario** con base en razones fácticas o jurídicas (denominada déficit) y el rol dominante del hombre de atrás, quien es el que, en realidad, controla la situación y posee "en sus manos" el **acontecer global, en virtud de su voluntad orientada de acuerdo al plan.**

774 La inclusión de la porción ajena del hecho en la propia voluntad de realización constituye el fundamento para que el hecho aparezca[67] como **la "obra" del hombre de atrás**. Aquello con lo que el intermediario contribuye para la configuración del tipo se imputa al autor mediato como su

65 BGH NStZ 03, 85.

66 BGHSt 11, 268; S/S-*Heine/Weißer*, § 325 n. m. 101; *Kühl*, AT, § 20 n. m. 122; *Sternberg-Lieben/von Ardenne*, Jura 07, 149, 152; véase también *Küper*, Versuchsbeginn, p. 39; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 49 n. m. 65; crít. *Herzberg*, p. 63; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 177.

67 Panorama en *Beulke/Witzigmann*, Ad legendum 12, 251; *Joecks*, St-K, § 25 n. m. 20 y ss.; *Koch*, JuS 08, 399, 496; *Murmann*, JA 08, 321.

propio actuar. Por lo general, se trata de casos en los que el instrumento ha sido **llevado** por el autor mediato a realizar el hecho. No obstante, la intervención del hombre de atrás, que se presenta exteriormente como un acto de complicidad, puede fundamentar una autoría mediata siempre que, del comportamiento del hombre de atrás, que **posee realmente el control del suceso**, dependa en lo fundamental que se llegue a una lesión del bien jurídico y a la realización del tipo.

Ejemplo: El cazador furtivo W da a entender a B, quien lo acompaña en la faena, que ha descubierto un jabalí en la penumbra. Conforme a lo deseado, B le entrega a W un arma cargada, pese a advertir que el objeto divisado por W no es en realidad un jabalí, sino el guardabosque F, quien se encuentra en cuclillas entre los matorrales. F muere inmediatamente como consecuencia del disparo de W.

Una autoría mediata viene en consideración, entonces, especialmente cuando 775
el hombre de atrás, con conocimiento de todas las circunstancias relevantes, se sirve[68] para la comisión de un hecho punible de un **instrumento humano**,

a) quien actúa **atípicamente en un sentido objetivo,** tanto porque se mata o lesiona a sí mismo debido a que se encuentra bajo la influencia irresistible del hombre de atrás o por causa del aprovechamiento de un error ("**instrumento contra sí mismo**")[69], o porque no posee la calidad para la autoría exigida para un determinado delito especial ("**instrumento doloso no cualificado**", v. n. m. 754).

b) quien actúa **sin dolo típico**, o sea, solo con un dolo referido a la comisión de un delito menos grave (por ejemplo: un robo en lugar del asesinato planeado y astutamente urdido por el hombre de atrás)[70] o actúa sin la **intención específica** perteneciente al tipo de injusto subjetivo. **Ejemplo:** con el fin de dar un paseo bajo la lluvia, A hace que B le alcance un paraguas perteneciente a C, asegurándole que posteriormente se lo devolverá a este, aun a pesar de que A realmente quiere quedarse con el paraguas. En este caso B carece de un ánimo de apropiación (para un tercero) en el sentido del § 242; A utiliza a B como un "**instrumento doloso carente de intención**"[71].

c) quien actúa **conforme a derecho** (como, por ejemplo, causando la detención de un inocente, para lo cual hace incurrir en error a los órganos de persecución penal legitimados, en virtud de los §§ 112. ss. o § 127.II StPO)[72].

68 Detallado *Beulke/Witzigmann*, Ad legendum 13, 59; *Roxin*, AT II, § 25 n. m. 45 y ss.; véase también *Krack*, Achenbach-FS, p. 219; *Von der Meden*, JuS 15, 22, 112.

69 Cfr. BGHSt 32, 38 (caso *Sirius*); OLG Celle wistra 13, 243 con discusión *Kudlich*, JA 13, 710; *Timpe*, StraFo 13, 358; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 51 y s.

70 Cfr. BGHSt 30, 363; cfr. también BGH NStZ 13, 103 con discusión *Jäger*, JA 13, 71.

71 Crít., respecto a este grupo de casos *Freund*, AT, § 10 n. m. 78; véase también *Fahl*, JA 04, 287; *M. Heinrich*, p. 269; *Krämer*, Jura 05, 833; *Putzke*, Roxin II-FS, p. 425, 435; *Rönnau*, GA 2000, 410, 413 y ss.; *Witzigmann*, Das "absichtslos-dolose Werkzeug", 2008.

72 BGHSt 3, 4; cfr. además para el caso del denominado fraude procesal RGSt 72, 150.

d) quien es **inimputable** o quien, por otras razones actúa de un modo **no culpable** (por ejemplo, en el error de prohibición inevitable o en el estado de necesidad coactivo)[73].

▶ Ejemplos sobre autoría mediata en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 192 y Klausurenkurs II n. m. 267.

776 En los casos que se acaban de mencionar, surge la necesidad de distinguir entre autoría mediata e instigación porque, según el principio de la "accesoriedad limitada", en caso de ausencia de culpabilidad de aquel que efectúa la acción también es posible una instigación (cfr. n. m. 795). Dado que el **dominio del hecho** puede corresponder a los intervinientes en una **forma escalonada**, la delimitación depende de si el "dominio de la acción" de quien actúa inmediatamente está subordinado al "dominio de la voluntad" del hombre de atrás. Luego, tiene que afirmarse una **autoría mediata** cuando el hombre de atrás es consciente de la ausencia de culpabilidad del intermediario o **conoce las circunstancias** que permiten que decaiga el reproche de culpabilidad, y cuando se aprovecha de la situación realmente dominada por él para la comisión de un hecho punible, de un modo en el que él tiene **al intermediario** "en sus manos" como si fuera un **instrumento** y, así, en virtud de su **dominio de la voluntad,** también domina mediatamente la ejecución del hecho que lleva a cabo el intermediario.

777 Una delimitación entre **autoría mediata** e **instigación** (dado el caso, impune) también es posible cuando una misma persona es instrumento y víctima del hecho, como en el caso de los **daños** que alguien se provoca a sí mismo debido a la influencia determinante de otro.

Ejemplo: F, que ha contratado un seguro de vida a favor de M, se suicida a pedido de M, quien actúa por codicia. Si F accedió al pedido de M, voluntariamente, y como consecuencia de una decisión tomada de forma autorresponsable, entonces, esa motivación al hecho de M resulta impune al ser un simple acto de participación y en la medida de que el suicidio no constituye un hecho principal antijurídico amenazado con una pena, en el sentido del § 26 (con más detalle n. m. 793). Por el contrario, si en vista de las concretas circunstancias y de la forma de la influencia proveniente de M, no puede partirse de una **decisión voluntaria libremente responsable** de F, de modo que este solo era un "instrumento" actuante, pero sin

73 Más detalladamente *Jescheck/Weigend*, AT, § 62 II 4 – 6; *Otto*, Roxin-FS, p. 483; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 69 y ss.; discrepa parcialmente *Köhler*, AT, p. 509; sobre él *Roxin*, Täterschaft, p. 681 y ss.

libertad en manos de M, quien dirigía el suceso, entonces, este es punible por **homicidio** en autoría mediata (§§ 212, 211, 25.I Alt. 2). Sobre esto existe un amplio consenso.

Sin embargo, se discute cuándo una decisión a cometer suicidio puede caracterizarse como **libremente responsable** y los criterios con los que tiene que determinarse esto (v. n. m. 265). Una opinión ampliamente extendida recurre apropiadamente a las **reglas de exculpación** (§§ 20, 35 StGB; § 3 JGG), por consiguiente, en los casos de estados de deficiencia psíquica y situaciones de coacción al hecho, tal opinión se orienta según si, bajo otras circunstancias similares, el afectado hubiera permanecido excluido del reproche de un actuar culpable en caso de que él no se hubiera lesionado a sí mismo, sino más bien a un tercero. En consecuencia, la autorresponsabilidad de su actuar tendría que afirmarse, por ejemplo, si una amenaza realizada contra él no alcanzara el nivel de gravedad exigido en el § 35[74]. Por el contrario, la opinión presentada de manera introductoria se orienta acertadamente de acuerdo con la **teoría del consentimiento**, es decir, con las reglas que en casos de **renuncia a bienes jurídicos propios** valdrían[75] para la eficacia de un consentimiento justificante. A favor de esta posición doctrinaria, que, en comparación con la opinión mencionada en primer lugar, conduce más ampliamente a la afirmación de una autoría mediata, podría hablar el hecho de que, en el caso de disposición de la propia vida, no puede colocarse ninguna condición mínima respecto a la ausencia de deficiencias en la formación de la voluntad, como en el consentimiento de las lesiones corporales y en la seriedad de la petición del homicidio[76] exigida en el § 216. **778**

En la sentencia BGHSt 32, 38, referida al caso **Sirius**, no se tomó posición por ninguna de las dos opiniones citadas, dado que la mujer a la que se había llevado a la tentativa de suicidio, mediante una treta de características realmente fabulosas, no sufría de perturbaciones psíquicas y tampoco se encontraba en una situación de coacción. De acuerdo con esa decisión, la delimitación entre una autoría mediata en el homicidio y una participación no punible en un suicidio en el que la víctima ha sido inducida a error, depende

74 Cfr. *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, § 3 n. m. 26; *Dölling*, Maiwald-FS, p. 119, 128; *Roxin*, AT II, § 25 n. m. 54, 57; Matt/Renzikowski-*Safferling*, § 212 n. m. 25; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 72 y ss.

75 Cfr. S/S-*Eser/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 211 y ss. n. m. 36; *Herzberg*, JuS 84, 369; LK-*Jähnke*, Vor § 211 n.m. 25 y s.; *Krey/Esser*, AT, n. m. 913 y s.; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 48.

76 V., al respecto, también *Amelung*, en: *Schünemann* (ed.), Bausteine des europ. Strafrechts, 1995, p. 247; AnwK-StGB-*Mitsch*, Vor §§ 211 y ss. n. m. 16.

de **la forma y trascendencia del error**. "Si el engaño oculta a quien se va a suicidar el hecho de que él coloca una causa para su propia muerte, entonces, aquel que ha provocado el error o que con ayuda de ese error ha desencadenado de forma consciente y querida el suceso que conduce a la víctima del engaño a la muerte o que se orienta a este resultado, es **autor** de un delito de homicidio (consumado o en tentativa) **en virtud de un conocimiento superior**, mediante el cual él dirige a quien se halla en error y lo transforma en un instrumento contra sí mismo" (dominio del hecho en virtud de un conocimiento superior)[77].

779 Intensamente discutido es también el caso inverso, en el que, en un suicidio, la "víctima" oculta a quien actúa la real relevancia de su comportamiento, que en realidad le lleva a la muerte (cfr. n. m. 965)[78].

780 También aquellos casos en los que el autor actúa, en principio, por sí mismo y la víctima solo produce la inmediata causación del resultado deben ser resueltos con base en los fundamentos de la autoría mediata; así, por ejemplo, en los casos *Passauer Gift* (caso *Apothekerf*, cfr. n. m. 857)[79]. Allí el autor dejó una botella de licor a disposición de la víctima para que esta tome el contenido envenenado y, de esa forma, ejecute la última acción. Pese a que al final el BGH no aclaró la cuestión, sin embargo, hizo referencia a una **actuación de la víctima** como un "**ejecutor contra sí mismo**", lo cual sugiere la aceptación de una autoría mediata. Pero podría pensarse en rechazar la posibilidad de una autoría mediata (y, en lugar de ella, aceptar una autoría directa) con base en que el § 25.I Alt. 2 se refiere únicamente a las relaciones entre tres personas, o sea, al "clásico" grupo de casos en los que el autor utiliza un intermediario que no es idéntico a la víctima. No obstante, no existe ninguna razón para efectuar esa limitación, puesto que el § 25.I Alt. 2 no exige de forma literal ni teleológica una tal interpretación. Antes bien, aquí también es absolutamente posible una aplicación a relaciones entre dos personas[80].

77 Cfr., al respecto, *Achenbach*, Jura 02, 542; *B. Heinrich/Reinbacher*, JA 07, 264, 266; *SK-Hoyer*, § 25 n. m. 79; *Kubiciel*, JA 07, 729, 730 y ss.; *Roxin*, Täterschaft, p. 586 y ss.; *Schaffstein*, NStZ 89, 153; *Timpe*, StraFo 13, 358, 362 y ss.

78 BGH NJW 03, 2326; OLG Nürnberg JZ 03, 745; a favor de ello *Herzberg*, NStZ 04, 1; *el mismo*, Puppe-FS, p. 497, 503 y ss.; crít. *Engländer*, JZ 03, 747; *el mismo*, Jura 04, 234.

79 BGHSt 43, 177; *Weddig*, Mittelbare Täterschaft und Versuchsbeginn bei der Giftfalle, 2008

80 *Jahn*, JA 02, 560; *Kudlich*, JuS 98, 596 y s.; *Mitsch*, BT 2/2, § 1 n. m. 33; de otra opinión (autoría directa) HK-GS-*Ingelfinger*, § 25 n. m. 11, 33; *Schumann*, Puppe-FS, p. 973, 975 y ss.

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 192.

Como resultado de ello, la autoría mediata normalmente tiene que aceptarse cuando para la comisión de un hecho doloso el hombre de atrás se sirve consciente y voluntariamente de una persona que actúa de forma **no completamente típica, no antijurídica o no completamente responsable**. A la inversa, tiene que negarse por regla una autoría mediata en todos aquellos casos en los que el que actúa de forma inmediata en la realización, libre de error, del tipo penal es autor doloso del delito totalmente responsable, cuya comisión el hombre de atrás desea o favorece. **781**

Cuando la mujer F, aprovechando la dependencia psíquica de L, quien es su amante y está sometido sexualmente a ella, le induce a este matar a su marido M, entonces, el dominio inmediato de la acción respecto a la realización del tipo (§§ 212, 211) le corresponde a L. En tanto la dependencia psíquica de este no alcance una dimensión que lo **libere** de **responsabilidad penal** (cfr. § 20), la ley asume que una intervención (de F) en el hecho de L por lo regular solo puede revestir una forma de **coautoría** o de **instigación**.

Solo en casos muy limitados pueden reconocerse **excepciones** a esta regla: en ese sentido, una mención especial corresponde a la **autoría mediata en virtud de un aparato organizado de poder**, la que con el transcurso del tiempo ha pasado a constituir el prototipo de la idea del "autor detrás del autor". **782**

Este grupo de casos fue desarrollado, en primer lugar, hace varios años por *Roxin*, para asegurar[81] que, en la solución de los **crímenes** del **régimen nacionalsocialista**, los "autores de escritorio", quienes eran los que emitían las órdenes, recibieran una sanción adecuada. Luego, al **abordarse los crímenes de la DDR,** esta figura jurídica fue retomada por el BGH, el cual consideró[82] a los funcionarios políticos de la antigua DDR, que eran responsables de las órdenes de disparar en la frontera interna, como autores mediatos de los delitos de homicidio cometidos por los soldados de la frontera contra aquellos que huían a través de ella.

De acuerdo con la opinión mayoritaria, en primer lugar, se requiere que **el aparato de poder jerárquicamente estructurado**, que el hombre de atrás domina mediante su poder de mando, **se haya apartado completamente**

81 *Roxin*, GA 1963, 193; *el mismo*, AT II, § 25 n. m. 105 y ss.; *el mismo*, Täterschaft, p. 736 y ss.; *el mismo*, ZIS 09, 622; *el mismo*, GA 2012, 395.

82 BGHSt 40, 218, 236; 42, 65, 68; 45, 270, 296; 48, 77, 89 (caso *Politbüro*).

del ordenamiento jurídico, lo que no solo puede presentarse en el ámbito de **regímenes estatales criminales**, sino también en el de bandas criminales o grupos terroristas con **estructuras organizacionales similares a las de la mafia**. Además, aquel que finalmente realiza de propia mano el tipo penal únicamente puede aparecer como una "pieza del engranaje del aparato de poder" intercambiable a voluntad ("**fungibilidad" de los ejecutores inmediatos**) y, asimismo, tiene que poseer[83] una **disposición al hecho esencialmente elevada y específicamente referida a la organización**. De acuerdo con la acertada opinión dominante, si se cumple con estas exigencias, entonces, el que emite la orden puede ser sancionado[84] como autor mediato en virtud de su **dominio de la organización**. Algunos rechazan esta posición haciendo referencia al principio de responsabilidad y, más bien, defienden una punibilidad por coautoría o instigación[85].

De acuerdo con la, entretanto, consolidada jurisprudencia, la figura jurídica de la autoría mediata en virtud del dominio de la organización es trasladable a las **empresas económicas**, en tanto que los superiores se aprovechen de los procesos regulares, en el marco de una estructura organizada jerárquicamente, para cometer[86] hechos punibles, involucrando para ello a trabajadores subordinados; así, por ejemplo, cuando la junta directiva de una sociedad anónima da instrucciones[87] a las filiales. La doctrina dominante rechaza acertadamente la

83 Cfr., al respecto, BGHSt 40, 218, 236; BGH NStZ 08, 89 y s.; *Roxin*, Krey-FS, p. 458; *F.C. Schroeder*, ZIS 09, 569.

84 *Ambos*, GA 1998, 226; *Greco*, ZIS 11, 9; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 498 y ss.; *Muñoz Conde*, Wolter-FS, p. 1415; Kaufmann/Renzikowski-*Renzikowski*, p. 147; *Satzger*, Volk-FS, p. 649; *F.C. Schroeder*, Der Täter hinter dem Täter, 1965, p. 166; *el mismo*, JR 95, 177; *Schünemann*, Schroeder-FS, p. 401; *Werle/Burghardt*, *Maiwald* II-FS, p. 849; *la misma*, Beulke-FS, p. 339; sobre el caso *Fujimori* v. las contribuciones de *Herzberg*, *Jakobs*, *Rotsch*, *Roxin* y *F.C. Schroeder* en ZIS n. ° 11/2009; respecto a todo ello: *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit, p. 95 y ss.; v. también *Eidam*, Organisationsgedanke, p. 307; véase también n. m. 829.

85 Crít., por ejemplo, Amelung-*Herzberg*, p. 33, 47 (sobre él: *Hoyer*, Herzberg-FS, p. 379); SK-*Hoyer*, § 25 n. m. 92; *Knauer*, NJW 03, 3101; *Köhler*, AT, p. 509; *Krey/Nuys*, Amelung-FS, p. 203; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 48 n. m. 61 y ss.; *Murmann*, GA 1996, 269; *Noltenius*, Kriterien der Abgrenzung von Anstiftung und mittelbarer Täterschaft, 2003; *Rotsch*, NStZ 05, 13; *Zieschang*, Otto-FS, p. 505.

86 BGHSt 40, 218, 236 s.; 48, 331; 49, 147, 163 (*Bremer Vulkan*); BGH JR 04, 245 con obs. crít. *Rotsch*; BGH NStZ 08, 89; a favor *Bottke*, JuS 02, 320; *Hefendehl*, GA 2004, 575; *Hellmann/Beckemper*, Wirtschaftsstrafrecht, n. m. 935; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 25 n. m. 2; *Schlösser*, GA 2007, 161.

87 BGHSt 40, 218, 236 y s.; 48, 331); BGH JR 04, 245; NStZ 08, 89; limitadamente *Tiedemann*, n. m. 241 (coautoría); *Tiedemann/Walter*, Jura 02, 713; en contra *Heine*, SchwZStr 119 [2001], 22; *M. Heinrich*, Krey-FS, p. 147; MK-*Joecks*, § 25 n. m. 150; *Koch*, JuS 08, 496; *Muñoz Conde*, Roxin-FS, p. 609, 620; *Otto*, Jura 01, 753, 759; *Rengier*, AT, § 43 n. m. 69; *Rotsch*, ZIS 07, 260; 08, 3; *Roxin*, SchwZStr 125 [2007], 1, 17; *Weißer*, Ad legen-

mencionada extensión, pues ordenar y permitir acciones punibles por sí mismo no puede fundamentar un dominio de la organización, en tanto que la organización se desempeñe con base en el derecho y el ejecutor inmediato se encuentre insertado en una estructura laboral y, por ello, no sea intercambiable a voluntad[88] (respecto a una posible punibilidad como autor por omisión, v. n. m. 1015 y ss.).

783 Otra excepción al principio de que en la autoría mediata el hombre de adelante no puede ser punible por la comisión dolosa del hecho, sería posible en casos en los que el hombre de atrás aprovecha decididamente un **error de prohibición vencible** o los temores supersticiosos, dirigiéndolos para sus propósitos delictivos. También allí viene en consideración una autoría mediata.

Ejemplo (según BGHSt 35, 347; caso *Katzenkönig*): la mujer H y los hombres P y R vivían juntos en una "relación" caracterizada por el misticismo y la heterodoxia. Mediante un engaño deliberado, H y P habían convencido a R, fácilmente influenciable, de que un "rey de los gatos", en el que se había encarnado la maldad y que amenazaba a la humanidad, le exigía el sacrificio de una víctima humana, personificada concretamente en N (cuya muerte pretendían H y P a causa de los celos y venganza); en caso contrario, morirían millones de personas. R advirtió que esto significaría un asesinato y trató de liberarse invocando el "quinto mandamiento". H y P eliminaron esa objeción de consciencia, diciéndole a R que la prohibición de matar no valdría en este caso, puesto que se trataría de un "encargo divino" y ellos tenían que salvar a la humanidad. Al final, R cedió a la insistencia de ambos y, conforme a las indicaciones que se le dieron, infligió con un cuchillo a N, quien se encontraba totalmente desprevenida, diversos cortes en el cuello, la cara y el cuerpo.

N sobrevivió a esa tentativa de asesinato. La condena de P y de H por tentativa de asesinato **en autoría mediata** fue confirmada por el BGH, que asumió que R, al ponderar los intereses en conflicto, bajo la perspectiva del § 34, llegó a una valoración defectuosa y, en ese sentido, habría incurrido en un **error de prohibición vencible**: "De acuerdo con una extendida opinión, del **principio de responsabilidad** se deduce que la posibilidad de una autoría mediata termina donde el instrumento mismo es ya un autor responsable". "En todo caso, el § 25.I StGB no exige una comprensión así de restringida del concepto de la autoría mediata, como el que se deriva del principio de responsabilidad [...]. Una comparación valorativa de los casos de error de prohibición **invencible** —donde indiscutiblemente es posible una autoría mediata— con los de error de prohibición **vencible**, muestra que la sola **evitabilidad** del error no constituye un criterio de delimitación idóneo. También el autor que actúa en un error de esa última clase carece, en el momento del hecho, de la comprensión del injusto. Que él hubiera podido tener los conocimientos de los que carecía en el caso concreto, no

dum 12, 244; rechaza ello en su mayor parte también *Bosch*, Organisationsverschulden im Unternehmen, 2002, p. 586; Steinberg-*Noltenius*, p. 9, así como las demás contribuciones en Amelung (ed.).

88 Igual en el resultado: *I. Roxin*, Wolter-FS, p. 451, 453 y ss.

cambia en nada el dominio del hecho que tiene el hombre de atrás, que simula la existencia de un permiso; igualmente, ello le resta al hombre de adelante solo escasamente su calidad de instrumento. Por eso, en los casos de **error de prohibición vencible** del hombre de adelante que actúa de modo inmediato, la determinación de si el hombre de atrás es un autor mediato tiene que orientarse por el **criterio del dominio del hecho objetivo que porta la voluntad de autor** [...]. En todo caso, es autor mediato de un homicidio o de una tentativa de homicidio aquel que voluntariamente desencadena y dirige el hecho con ayuda del error que él ha provocado conscientemente, de modo que quien se halla bajo error tiene que ser considerado, según una consideración valorativa, como un **instrumento** —aunque este actúe aún de modo culpable—"[89].

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs III, n. m. 88.

784 En el caso de los **delitos de propia mano** (v. n. m. 55), no es posible una autoría mediata y tampoco cuando al hombre de atrás le falta la **cualidad especial del sujeto** requerida por el tipo legal (como, por ejemplo, la cualidad de funcionario público en caso de delitos especiales propios, v. n. m. 54; también n. m. 753 y s).

785 En el **caso n.° 16**, en el asesinato de J y F, W actuó como un **autor responsable** en virtud de una decisión libre. Como consecuencia de ello, tiene que negarse una autoría mediata de A.

4. Exceso y error en la autoría mediata

786 El autor mediato no es responsable por un **exceso** del intermediario. Para la solución de tales **cuestiones referidas al error**, resulta decisivo si el error del hombre de atrás afecta el dolo del hombre de adelante o si se refiere a otras circunstancias relevantes para el dominio del hecho:

787 **a)** Si el hombre de atrás asume erróneamente que quien es instigado por él a cometer un hecho doloso actuaría **culpablemente** (**Ejemplo:** si A convence a G, de cuya enfermedad mental no es posible percatarse, a matar a X), el únicamente puede ser sancionado por una **instigación consumada** (§§ 212, 211, 26), dado que él no tiene voluntad de dominar el hecho, sino solo un dolo de instigador, pues él no conoce las circunstancias que lo convierten objetivamente en señor del suceso.

788 **b)** Si, por el contrario, el instigado al hecho doloso actúa de un modo totalmente responsable, pero el hombre de atrás supone erróneamente que aquel cometería **no culpablemente** el hecho que él pretende, entonces, desde la perspectiva del hombre de atrás existe autoría mediata, aun-

89 Véase también BGHSt 40, 257; a favor *Schaffstein*, NStZ 89, 153; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 92; de otro parecer *Herzberg*, Jura 90, 16; *Küper*, JZ 89, 617 y 935; respecto a todo *Hillenkamp*, AT, p. 162.

que objetivamente solo una instigación en el sentido del § 26. También aquí el hecho correspondiente tiene que juzgarse como **instigación consumada**, pues el dolo de instigación ya está contenido en la más amplia voluntad de dominar el hecho del hombre de atrás y la instigación representa[90] la forma de intervención **menos grave** en comparación con la autoría mediata.

c) Si el hombre de atrás supone erróneamente el **dolo típico** de aquel a quien ha instigado al hecho, entonces, da por existente una situación en la que él sería el señor del suceso. **Ejemplo:** para vengarse, A convence a B a interponer una denuncia penal contra X, suponiendo erróneamente que B también tendría un conocimiento positivo respecto de la inveracidad de los hechos imputados. Aquí se excluye una autoría mediata de A, quien actúa solo con dolo de instigador. Pero tampoco es posible una sanción por instigación, puesto que falta un hecho principal que haya sido cometido dolosamente, en el sentido del § 26. Aquí viene en consideración únicamente una **tentativa de instigación,** la que, de acuerdo con el § 30.I, solo conlleva una pena en el caso de **delitos** (cfr. n. m. 803 y ss.). Las lagunas de punibilidad que se originan en casos de este tipo para la tentativa de instigación respecto de una falta (en el ejemplo de arriba, respecto al § 164.I) se basan en la decisión del legislador de exigir[91] en los §§ 26, 27 un hecho principal antijurídico cometido dolosamente. **789**

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 297.

d) Intensamente discutida es la solución del caso contrario, en el que el hombre de atrás recurre para la realización de su proyecto delictivo a un intermediario que **supuestamente actúa de buena fe**, aunque en realidad actúa de mala fe y, en ese sentido, dolosamente. **790**

Ejemplo: El médico A, jefe de la sección de un hospital, entrega a la enfermera K, supuestamente distraída, una jeringa con un supuesto tranquilizante, pero que en realidad contiene un veneno con efectos mortales. A le encarga a K suministrarle la inyección a S, la suegra de A, que se encuentra en el hospital y a quien este odia. K descubre el propósito de A, pero suministra la inyección letal sin decir nada.

Con base en la **teoría subjetiva** (n. m. 748 y s.) se podría sancionar a A como autor mediato, pues él consideró a K como su "instrumento" y produjo[92] la muerte de S con voluntad de autor. Para la **teoría del dominio del hecho**, un camino a ese resultado ya estaría cerrado, puesto que la mera representación de un dominio del hecho, que en realidad no existe, no posee la capacidad para fundamentar autoría alguna. La doctrina extrae diversas consecuencias de la circunstancia de que mientras según la representación del hombre de atrás exista una autoría mediata, en cambio, objetivamente, solo exista una instigación. De acuerdo con una acertada y frecuentemente defendida opinión, el hombre de atrás puede ser sanciona-

90 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 62.III.1; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 147.

91 Como aquí *Bloy*, ZStW 117 [2005], 3, 10; SK-*Hoyer*, § 25 n. m. 139; MK-*Joecks*, § 25 n. m. 155; BK-*Kudlich*, § 25 n. m. 39; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 143; de otro parecer *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 30 n. m. 26 y ss.

92 Cfr. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 29 n. m. 152.

do[93], en todo caso, por una **instigación consumada**. A primera vista, al hombre de atrás le falta el dolo respecto a un hecho principal **doloso** antijurídico exigido por el § 26, debido a lo cual los adversarios de esta solución aducen[94] aquí una infracción contra la prohibición de analogía (art. 103.II GG, v. n. m. 71 y ss.). Sin embargo, correctamente considerado, el dolo de instigador exigido está ya contenido, como un **"*minus*" de la misma naturaleza**, en la voluntad de ejercer el dominio del hecho. Además, imputar los hechos en calidad de instigador a aquel que incluso quiere ser autor tampoco constituye una incriminación (injustificada) contra este. Al mismo tiempo, viene en consideración una sanción del hombre de atrás por la **comisión de una tentativa del hecho en autoría mediata**, sin embargo, solo si él, como en el ejemplo, y de acuerdo con el criterio de las reglas generales (v. n. m. 872 y ss.), ya se ha dispuesto[95] inmediatamente a través de su comportamiento a la realización del tipo. Por el contrario, si recién el comportamiento del hombre de adelante fundamenta una disposición inmediata, entonces, se excluye una punibilidad por tentativa, puesto que la inexistencia de un dominio real del hecho hace imposible una imputación con base en el § 25.I Alt. 2. Pese a esa limitación, una sanción por instigación es necesaria ya por el hecho de que, con base en la solución de la tentativa, el hombre de atrás es tratado como si él no hubiera causado en absoluto la lesión consumada del bien jurídico. En vista de las obvias lagunas de punibilidad, tampoco parecen adecuadas las propuestas aisladas de sancionar al hombre de atrás únicamente por una comisión imprudente del hecho[96] o por una tentativa de instigación (§ 30.I)[97].

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 284, 288 y Klausurenkurs III, n. m. 210, 216.

791 Por supuesto, tiene que decidirse de un modo distinto cuando la ley (como en el § 160 y el § 271) conmina excepcionalmente un actuar **propio de la autoría** con una pena más baja que la instigación que vendría adicionalmente en consideración (por ejemplo, para el § 154 o el § 348); allí, quien actúa con voluntad de dominar el hecho no puede ser colocado en una peor posición, debido a que el supuesto instrumento no era de buena fe, sino de mala fe[98].

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs III, n. m. 531.

792 **e)** Además, se discute en qué circunstancias el **error sobre el objeto** del intermediario repercute en el autor mediato en la forma de una ***aberratio ictus*.**

93 *Beulke*, Kühl-FS, p. 115, 119 y ss.; *Heinrich*, AT, n. m. 1265; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 514; *Jescheck/Weigend*, AT, § 62.III.1; *Kühl*, AT, § 20 n. m. 87; S/S/W-StGB-*Murmann*, § 25 n. m. 29; *Roxin*, AT II, § 25 n. m. 167; *Schmidt*, AT, n. m. 994; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 147.

94 *Bloy*, ZStW 117 [2005], 4, 27; Matt/Renzikowski-*Haas*, § 26 n. m. 29; *Krey/Esser*, AT, n. m. 1093; *Kudlich*, JuS 03, 755, 758; *Rengier*, AT, § 43 n. m. 82.

95 *Beulke*, Kühl-FS, p. 115, 128 y ss.; sin esa limitación *Jäger*, AT, n. m. 251b; *Rengier*, AT, § 43 n. m. 81; totalmente en contra *Bloy*, ZStW 117 [2005], 4, 24 y s.; *Krack*, Eckert-GS, p. 467; Küper, Roxin II-FS, p. 895, 901 y ss.; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT, § 48 n. m. 112.

96 *Frister*, AT, 28. Cap. n. m. 29; *Küper*, Roxin II-FS, p. 895, 914 y s.

97 *SK-Hoyer*, § 30 n. m. 5 y ss.; cfr. también *Ensenbach*, Jura 11, 787, 794.

98 V. al respecto BGHSt 21, 116; *Küper*, JZ 12, 992, 998 y ss.; MK-*H.E. Müller*, § 160 n. m. 16; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 783, s., 904 y ss.

Ejemplo 1: Con el objetivo de matar a X, el médico A encarga a la enfermera K aplicar una inyección a X, quien se encuentra en la habitación 1, K no sabe que la jeringa que le ha sido entregada contiene un veneno difícilmente detectable. Debido a su miopía, K confunde la habitación 1 con la 7 y, por eso, le administra la inyección a Y, quien se encontraba en la habitación 7, en lugar de administrársela a X.

Ejemplo 2: A induce a G, sabiendo que este es enfermo mental, a disparar a X. Para ello, A le entrega una foto a G con la finalidad de que este reconozca a X. Sin embargo, G mata a Y, a quien G tomó por X al momento de disparar.

La doctrina dominante trata ambos casos (sin considerar la buena o mala fe del intermediario) referidos a la punibilidad del autor mediato de un modo similar, es decir, como *aberratio ictus*, dado que sería jurídicamente irrelevante si un arma mecánica "no acertara en su objetivo" o si esto mismo sucediera[99] en la utilización de un **instrumento humano**. Sin embargo, resulta preferible la opinión que se orienta de acuerdo a si el hombre de atrás **ha dejado** o no al intermediario la individualización de la **víctima del hecho** o del objeto de la acción: si este no es el caso (como arriba, en el ejemplo 1), la ejecución de la orden de un modo contrario a esta tiene que juzgarse según las reglas de la ***aberratio ictus.*** Sin embargo, si el hombre de atrás ha dejado la individualización de la víctima o del objeto de la acción (como arriba, en el ejemplo 2) al intermediario, entonces, aquel tiene que dejarse imputar el error de este último en la elección como si fuera un propio error sobre el objeto (***error in persona vel obiecto***), cuando, según las circunstancias concretas del caso individual, el error aún se mantiene dentro de los límites de lo previsible, de acuerdo con la experiencia general de la vida[100] (cfr., al respecto, en el ámbito de la instigación n. m. 823 y ss.).

IV. Instigación y complicidad

1. La accesoriedad de la participación

La instigación y la complicidad dependen de la existencia de un **hecho principal antijurídico** en el sentido del § 11.I Nr. 5 (**accesoriedad de la participación**). Dada su calidad de intervención en la realización ajena de un tipo, ambas formas de participación derivan su contenido de injusto del injusto del hecho principal. Esto no significa que ellas no representan[101] de ninguna forma un injusto propio. La construcción de un "delito del partícipe"[102] **793**

99 Cfr. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 21 n. m. 15; *Jescheck/Weigend*, AT, § 62.III.2; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 149.

100 Igualmente *Haft/Eisele*, Keller-GS, p. 81, 98; *S/S-Heine/Weißer*, § 25 n. m. 53 y ss.; *Jakobs*, AT, 21/106; *Stratenwerth*, Baumann-FS, p. 57, 65.

101 Más detalladamente al respecto *Heghmanns*, GA 2000, 473; *Jakobs*, GA 1996, 253; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 11 y ss.

102 *Schmidhäuser*, AT, 10/17.

independiente, desvinculado del injusto del hecho principal, no tiene fundamento legal.

No es posible una participación punible respecto de acciones que no realizan ningún tipo penal. En ese sentido, quien comete suicidio (o trata de cometerlo) no realiza el tipo del § 212, pues falta la muerte de otro individuo y, por consiguiente, de acuerdo con las reglas generales tampoco es punible aquí la instigación y la complicidad[103]. El tipo penal específico, introducido el 2015, está referido al **favorecimiento profesional del suicidio** (§ 217)[104], para sancionar penalmente determinadas formas de la asistencia al suicidio[105]. Tampoco es punible la intervención en acciones que han sido cometidas de forma no dolosa o que resultan conformes a derecho.

En un caso concreto, la accesoriedad de la participación puede conducir a la ausencia total de punibilidad para todos los intervinientes. Esto es posible en el caso de los delitos de infracción de deber y de los delitos especiales, por ejemplo, en los siguientes casos: si bien el tipo objetivo de la deslealtad patrimonial se configura cuando el fiduciario que administra el patrimonio lesiona su deber de lealtad y produce un daño al fideicomitente, sin embargo, una punibilidad del fiduciario, con base en el § 266, queda excluida si él ha actuado de forma no dolosa como consecuencia de la manipulación del hombre de atrás. Debido a la inexistencia de un respectivo tipo penal imprudente tampoco viene en consideración una sanción por la comisión imprudente del hecho para el fiduciario. El hombre de atrás, que domina el suceso como consecuencia del engaño, queda igualmente exento de pena si carece de la vinculación al deber necesaria para el surgimiento de la autoría mediata (v. n. m. 756, 784), dado que la ausencia de un hecho principal doloso excluye una sanción por instigación[106]. En la deslealtad patrimonial no existe un delito especial similar al patrón que se sigue en la inducción a una falsa declaración (§ 160).

794 El partícipe no es sancionado porque "involucre [al autor principal] en la culpabilidad y la pena" (en ese sentido, la "teoría de la participación en la culpabilidad", superada por medio del § 29), sino porque él **favorece un hecho principal antijurídico** (en ese sentido, la ac-

103 De otro parecer *Oğlakcıoğlu*, quien considera posible una punibilidad del suicida como instigador debido a la ausencia de una mención de la voluntad de suicidio en la causa de exclusión de la pena (§ 217.II), cfr. BK-*Oğlakcıoğlu*, § 217 n. m. 35; v. también *Otto*, ZfL 15, 77

104 Entró en vigencia el 10.12.2015 (BGBl I, p. 2177); zur Gesetzesbegründung v. BT-Drs. 18/5373.

105 Respecto a la correspondiente discusión cfr. por todos: *Duttge*, medstra 15, 257; *Hillenkamp*, en: Anderheiden/Eckart (Hrsg), Handbuch Sterben und Menschenwürde, Bd 2, 2012, p. 103; *Roxin*, NStZ 16, 185; *Hilgendorf*, JZ 14, 545; *Hoven*, ZIS 16, 1; *Jäger*, JZ 15, 875; *Kempf*, JR 13, 11; *Neumann*, medstra 15, 16; *Rosenau/Sorge*, NK 13, 108; *Saliger*, Selbstbestimmung bis zuletzt, 2015; *Schliemann*, ZRP 13, 51; *Schöch*, Kühl-FS, p. 585.

106 *Dörfell*, Jura 04, 113.

tualmente dominante teoría del favorecimiento **orientada a la accesoriedad**), causando el dolo referido al hecho o llevando a cabo otras acciones de cooperación. Aquí se requiere que el bien jurídico atacado también goce[107] de protección frente al partícipe.

El StGB sigue (desde 1943) el principio de la **accesoriedad limitada.** Ni la instigación y complicidad requieren que el autor principal haya actuado "culpablemente" (por eso es "limitada"). Más bien, de acuerdo con el § 29, cada interviniente será sancionado **según su culpabilidad** sin recurrir a la culpabilidad de otro. Sin embargo, el **hecho principal** tiene que haberse cometido "**dolosamente**" y "**antijurídicamente**" (§§ 26, 27)[108]. **795**

En el ámbito del § 11.II, también existe instigación y complicidad en los **delitos cualificados por el resultado** (como, por ejemplo, respecto a los §§ 226, 227)[109] y en los tipos penales que, por un lado, exigen **dolo** respecto a la **acción** y, por otro, consideran suficiente la **imprudencia** respecto a una **consecuencia especial del hecho** (como, por ejemplo, § 315.c.III Nr. 1)[110]. Por el contrario, no es posible una participación en un hecho principal cometido no dolosamente. Quien interviene en un hecho antijurídico asumiendo de modo erróneo que el autor principal actúa dolosamente comete únicamente una "**tentativa de participación**", la cual es[111] punible en el marco del § 30 (v. n. m. 789). En cambio, sí es posible la participación en un hecho en relación con el cual su autor se encuentra en un **error respecto a una causa de justificación**, puesto que en el autor solo sería inexistente la culpabilidad dolosa y no el dolo típico (v. n. m. 700 y ss.). **796**

2. Flexibilizaciones de la accesoriedad

La sanción para el instigador y el cómplice se orienta, en lo general, por la pena conminada para el autor; para la complicidad, el § 27.II prevé una reducción obligatoria de la pena, de acuerdo con el § 49.I. Una **flexibilización de la accesoriedad** adicional existe para los **elementos personales especiales** que fundamentan y modifican la sanción, los cuales se caracterizan[112] por ser **elementos referidos al autor.** De acuerdo con la definición legal del § 14.I, **797**

107 Instructivo *Mitsch*, JuS 99, 372 y s.; caso de ejemplo en *Kudlich/Pragal*, JuS 04, 791; sobre el fundamento penal de la participación, también: *Frister*, Dencker-FS, p. 119; *Koriath*, Maiwald II-FS, p. 417; *Kühl*, AT, § 20 n. m. 132; *Lüderssen*, Strafgrund der Teilnahme, 1967; *el mismo*, Miyazawa-FS, p. 449.

108 Más detalladamente *Klesczewski*, Puppe-FS, p. 613; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 6 y s.; LK-*Schünemann*, Vor § 26 n. m. 19 y s.

109 Cfr. BGH NJW 87, 77; *Kudlich*, JA 00, 511; *Küper*, Kühl-FS, p. 315.

110 Cfr. LK-*Schünemann*, § 26 n. m. 92 y s.; de otro parecer, aunque sin ser convincente *Gössel*, Lange-FS, p. 219.

111 Más detalladamente, SK-*Hoyer*, Vor § 26 n. m. 35; *Roxin*, AT II, § 28 n. m. 9 y ss.

112 Cfr., al respecto, BGHSt 22, 375, 378; *Valerius*, Jura 13, 15.

estos últimos son "especiales cualidades personales, relaciones o circunstancias", como, por ejemplo, un educador en el sentido de los §§ 174, 180.I S. 2 o un funcionario público en el sentido del §§ 331 y ss.

798 **a)** Si el instigador o cómplice carece de los "elementos personales especiales" en la forma descrita en el § 14.I, que **fundamentan** la punibilidad (**ejemplo:** la instigación de un particular a un funcionario público a cometer un **delito de función propio**, como una falsedad ideológica en el ejercicio de funciones, según los §§ 348, 26), entonces, de acuerdo con los §§ 28.I, 49.I, **tiene que atenuarse**[113] **la pena** para el partícipe.

799 **b)** Si la ley determina que "los especiales elementos personales" **agravan, atenúan** o **excluyen** la pena, entonces, de acuerdo con el § 28.II, esto solo es válido para el autor o partícipe en el que ellas concurren.

Si un particular instiga a un funcionario público a cometer un **delito de función impropio** (por ejemplo, lesiones corporales en ejercicio del cargo), este último será sancionado de acuerdo con la opinión dominante como autor del delito de función (por ejemplo, § 340), mientras que, con base en el § 28.II, el instigador únicamente puede ser condenado por instigación del **tipo básico** correspondiente (es decir, por ejemplo, por los §§ 223, 26)[114]. Por el contrario, una opinión minoritaria se inclina por defender una condena del instigador por un delito de función impropio (por ejemplo, §§ 340, 26) y, al mismo tiempo, por deducir[115] únicamente del tipo básico el marco penal.

La **sistemática de los delitos contra la vida** es discutida. No resulta convincente la opinión defendida en la jurisprudencia frecuente[116], que refiere que el asesinato y el homicidio serían delitos independientes con un contenido de injusto propio y, en consecuencia, que los elementos del asesinato referidos al autor constituirían elementos **fundamentadores de la sanción**, en el sentido del § 28.I. La doctrina dominante parte acertadamente de que el asesinato constituye un caso agravado del homicidio doloso, es decir, una cualificación del § 212. Por consiguiente, el § 211 no contiene un elemento fundamentador, sino **agravante de la pena**. La opinión dominante deduce de ello una aplicación del § 28.II para los elementos del asesinato referidos al autor, ya sea en el sentido de una ruptura real de la accesoriedad de

113 *Fischer*, § 331 n. m. 38; *Frister*, Puppe-FS, p. 451, 461 y ss.; *LK-Sowada*, Vor § 331 n. m. 9; de otra opinión NK-*Puppe*, §§ 28, 29 n. m. 6 y ss.; *la misma*, ZStW 120 [2008], 504.

114 Cfr. BGH NStZ 07, 526; 09, 95; *Fischer*, § 28 n. m. 8; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 28 n. m. 1; distinta *Puppe*, AT, § 27 n. m. 29 y ss.

115 Así, *Cortes Rosa*, ZStW 90 [1978], 413; *Hirsch*, Schreiber-FS, p. 153; LK-*Lilie*, § 340 n. m. 19; SK-*Rudolphi/Stein*, Vor § 331 n. m. 23 y s.

116 BGHSt 1, 368; 22, 375; 36, 231; 50, 1; BGH NStZ 08, 273 con obs. *Kudlich*, JA 08, 310; BGH StV 15, 287 con obs. *Dehne-Niemann*; Jahn/Nack-*Rissing-van Saan*, p. 26; con dudas BGH NJW 06, 1008; al respecto: *Gropp, Seebode*-FS, p. 125.

la participación con un efecto de variación para el tipo[117] o, por el contrario, en el sentido de una mera modificación del marco penal[118], el cual si bien permite la sanción del partícipe por el delito que ha realizado el autor, sin embargo, orienta la gravedad de la pena a si el partícipe mismo cumple o no con el elemento del asesinato referido al autor (para una solución propia orientada al § 29, v. n. m. 643, 801, 827). Últimamente se afirma de forma aislada que, incluso partiendo —en armonía con la jurisprudencia— de la autonomía del § 211, sería posible una aplicación del § 28.II para los elementos del asesinato referidos al autor, porque el ámbito de aplicación del § 28.I tendría que limitarse[119] a los delitos especiales propios.

En todo caso hay que considerar que, mediante el § 28.II, no solo puede mejorarse la situación del partícipe en comparación con la del autor, sino que también puede empeorarse.

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 165, Klausurenkurs II, n. m. 24 y Klausurenkurs III, n. m. 100.

c) Los elementos referidos al autor son distintos a los elementos del injusto **referidos al hecho**, los cuales caracterizan más detalladamente el **contenido de injusto objetivo** del hecho y, sobre todo, contienen la descripción del resultado típico, de los medios utilizados para el hecho y la forma de comisión; el **§ 28.I, II no**[120] rige para los elementos del injusto referidos al hecho. **800**

La necesaria **delimitación,** en ese sentido, puede resultar difícil en un caso concreto porque la clasificación no se orienta según el contenido abstracto del respectivo elemento, sino según su función dentro del tipo. Hasta el momento ni la jurisprudencia ni la doctrina han logrado desarrollar criterios de diferenciación reconocidos de modo general para ello. Sería equivocado equiparar, por un lado, los elementos del injusto **referidos al hecho** con los elementos "objetivos" del tipo y, por otro, los elementos personales **referidos al autor** con los elementos "subjetivos" del tipo, pues no todos los elementos que codeterminan el injusto personal de la acción son al mismo tiempo "específicamente personales" en el sentido del § 28. Las circunstancias que indican una peligrosidad especial del comportamiento del autor o la forma de la ejecución del hecho que describen están normalmente referidas al hecho. Vinculados al objeto y **referidos al hecho** son, por ejemplo, el **dolo típico** y las **intenciones especiales** que se presentan en el tipo subjetivo como elementos del injusto como, por ejemplo, el ánimo de apropiación o de enriquecimiento en el § 242 o en los §§ 253, 259, 263[121]. Esto también

117 *Ambos*, Jura 04, 497; *Engländer*, JA 04, 410; *el mismo*, Krey-FS, p. 71; *Geppert*, Jura 08, 34; LK-*Jähnke*, § 211 n. m. 63; *Kraatz*, Jura 06, 613; *Rengier*, BT II, § 5 n. m. 4; MK-*Schneider*, § 211 n. m. 264 y s.; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 69, ss., 139 y ss.; referido a casos: *Beulke*, Jura 14, 639, 650 y s.

118 *Hirsch*, Schreiber-FS, p. 153; SK-*Hoyer*, § 28 n. m. 14; *Kaspar/Broichmann*, ZJS 13, 249, 250; *Roxin*, AT II, § 27 n. m. 19; crít. al respecto *Küper*, JZ 06, 1164; *el mismo*, Jakobs-FS, p. 311; *Roger*, GA 2013, 694.

119 Cfr. NK-*Neumann*, Vorbem. zu § 211 n. m. 155 aE; SK-*Sinn*, § 211 n. m. 3 aE.

120 Cfr. BGHSt 23, 103, 105.

121 De otra opinión *Umansky/Mathieu*, HRRS 15, 36.

debe valer[122] para el ánimo de enriquecimiento del § 235.IV Nr. 2 Alt. 2 (sustracción de menores de edad).

Los elementos que describen una **especial posición de deber** de naturaleza personalísima son elementos **referidos al autor** y están comprendidos por el § 28.I.II. Entre ellos se encuentran, la condición de **funcionario público,** la **posición de garante** en los delitos de omisión impropios[123], el **deber de custodia del patrimonio** en relación con el delito de deslealtad patrimonial (§ 266)[124], así como la calidad de **depositario de la confianza** en la apropiación indebida (§ 246.II)[125]. También la **profesionalidad** (por ejemplo, en los §§ 243.I 2 Nr. 3; 260.I Nr. 1)[126], así como la calidad de **miembro de una banda** (por ejemplo, en el § 244.I Nr. 2)[127] constituyen elementos referidos al autor. En todo caso, para la clasificación es esencial la naturaleza y el fin de protección del tipo penal correspondiente[128].

Por el contrario, la **solución unitaria** quiere denominar como elementos personales especiales en el sentido del § 28 a todos aquellos elementos que "no se [pueden] realizar de acuerdo con las reglas de la autoría mediata"[129].

Especialmente problemática es la clasificación de los **elementos del asesinato** en el § 211. II. De acuerdo con la opinión dominante, los elementos del asesinato del segundo grupo están **referidos al hecho,** lo que, según todas las opiniones sobre la relación entre el § 211 y el § 212, trae como consecuencia la exclusión[130] de una flexibilización de la accesoriedad de acuerdo con el § 28 (v. n. m. 799). Por el contrario, los elementos del asesinato pertenecientes al primer y tercer grupo son elementos **referidos al autor**[131]. Solo respecto a estos puede de algún modo ser relevante la discusión acerca de si se trata de elementos fundamentadores o agravantes de la sanción en el sentido del § 28 (v. n. m. 799).

En cuanto a la participación en hechos principales, cuya comisión configura un **ejemplo regular** (v. n. m. 163) tienen que aplicarse los principios **correspondientes** al § 28. En tal sentido, en el caso de circunstancias agravantes referidas al autor, tiene que constatarse res-

122 BGHSt 55, 229 con una discusión crítica *Hoyer,* GA 2012, 123; *Schünemann,* GA 2011, 445.

123 Cfr. *Arzt,* JA 80, 553, 557; *Rengier,* AT, § 51 n. m. 9; *Roxin,* AT II, § 27 n. m. 68; de otra opinión LK-*Schünemann,* § 28 n. m. 58; *Valerius,* JA 13, 15, 19; diferenciadamente *Kindhäuser,* AT, § 38 n. m. 61; *Otto,* Jura 04, 473.

124 BGH wistra 15, 146

125 Cfr. BGH wistra 13, 387; *Wessels/Hillenkamp,* BT/2, n. m. 323.

126 BGH StraFo 14, 215 y s..

127 BGHSt 46, 120, 128; BGH NStZ 14, 635 con discusión *Satzger,* Jura (JK) 15, 424; *Bülte/Härtl,* JA 16, 345, 350; *Rönnau,* JuS 13, 594, 597; BK-*Wittig,* § 244 n. m. 16; de otra opinión S/*S-Eser/Bosch,* § 244 n. m. 28/29; *Rengier,* BT I, § 4 n. m. 107.

128 BGHSt 41, 1; 55, 229; *Herzberg,* GA 1991, 145; *Niedermair,* ZStW 106 [1994], 388; *Stein,* StV 95, 251.

129 *Schünemann,* Küper-FS, p. 561, 570.

130 Cfr. BGHSt 23, 103; 24, 106, 108.

131 Cfr. BGHSt 22, 375, 378; *NK-Neumann,* § 211 n. m. 114; *Wessels/Hettinger,* BT/1, n. m. 140 y s.; respecto a las repercusiones en el derecho penal juvenil: *Mitsch,* GA 2013, 137.

pecto a cada interviniente individual si su contribución al hecho posee la relevancia de un caso especialmente grave[132].

d) Los "elementos especiales de la culpabilidad" (v. n. m. 643.ss.) ya están abarcados por el § 29, y no por el § 28; en ese sentido, lo decisivo es que existan o estén ausentes en la persona del autor o del partícipe individual. Sin embargo, aquí se requiere siempre la existencia de un hecho principal con aptitud para acoger una participación (existe discusión sobre los detalles)[133]. **801**

Cuando se trata de la intervención en un asesinato/homicidio, la punibilidad por los elementos del asesinato, o sea, de aquellos pertenecientes al primer y tercer grupo del § 211.II, y que aquí han sido clasificados anteriormente (contra la doctrina dominante) como elementos de la culpabilidad en el sentido del § 29 (v. n. m. 643), solo depende de si dichos elementos existen por sí mismos en la persona del respectivo interviniente. En el resultado, esta opinión coincide regularmente con la plasmada en el § 28.II (v. n. m. 799).

3. La tentativa de participación

De acuerdo con los principios de accesoriedad, la inducción y la complicidad solo son punibles si se ha **consumado el hecho principal** o este alcanza, por lo menos, la etapa de la **tentativa** punible. **802**

La participación en la **tentativa de un hecho** tiene, en ese sentido, que diferenciarse de la **tentativa de participación**: la tentativa de complicidad es impune, mientras que la tentativa de inducción (a excepción de preceptos especiales como, por ejemplo, §§ 111, 159), de acuerdo con el § 30.I, conlleva una pena solo en el caso de los **delitos.** **803**

En principio, en el ámbito del § 30.I, es decisivo que el hecho objeto de la instigación aparezca como un delito en la **representación del instigador**[134]. Es decir, dado el caso, este tiene que representarse que el presunto autor principal realizará un elemento personal fundamentador de la sanción, en el sentido del § 28.I. **804**

Por el contrario, se discute acerca de los efectos respecto del § 30.I, en caso de un desplazamiento del tipo cuando se presentan **elementos personales especiales, en el sentido del § 28.II.** Una opinión exige que, en la comi- **805**

132 BGH StV 16, 16; *Burchard/Engelhart*, JA 09, 270, 277; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 220.

133 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 61.VII.4c; *Puppe*, ZStW 120 [2008], 504.

134 BGHSt 4, 254; 8, 294, 296; más profundamente *Hinderer*, JuS 12, 1072.

sión subordinada del hecho, este se presente[135] como un delito tanto en la perspectiva del presunto instigador como en la del autor principal. Otros distinguen según si el elemento personal en cuestión puede asignarse al ámbito del injusto o de la culpabilidad. Los elementos que incrementan el injusto tendrían que existir en el caso del presunto autor principal, los elementos que incrementan la culpabilidad en aquellos que intentan la instigación[136]. Por el contrario, según la jurisprudencia del **BGH**, la determinación de que el hecho posee un carácter de delito, necesaria para el § 30.I, no depende de si, como consecuencia de un desplazamiento del tipo según el § 28.II, el hecho principal también se presenta como un delito para aquel que intenta una instigación. Más bien, basta con que el elemento personal especial agravante de la pena, que transforma el hecho en un delito, se presente[137] en la persona del **autor que se tiene en la mira**. La aparente contradicción valorativa que deriva de esta inaplicación fáctica del § 28.II, respecto de la tentativa de instigación (en casos de una instigación exitosa, el desplazamiento del tipo favorecería al instigador), también es reconocida por el BGH, que aplica para la tentativa de instigación de un delito el marco punitivo de las faltas. Esta contradicción sistemática no resulta convincente; más bien, dicha "reinterpretación" del desplazamiento del tipo en un desplazamiento del marco punitivo, la cual carece de fundamento legal, constituye una infracción del art. 103.II GG. Por eso, es más convincente enfocarse en el **instigador** y exigir que el elemento personal especial esté presente en él, es decir, que bajo la suposición de una instigación exitosa él cometiera[138] un delito.

806 La tentativa de instigación a un delito ha sido[139] elevada legalmente a la categoría de un acto preparatorio independiente amenazado con una pena debido a su peligrosidad para el bien jurídico. El § 30.I S. 1 también abarca la denominada tentativa de una "instigación en cadena" (**ejemplo:** A pide en vano a B instigar a C a cometer un asesinato), además, la **tentativa de**

135 HK-GS-*Letzgus*, § 30 n. m. 46; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 53 n. m. 122; *Roger*, GA 2013, 694, 705 y ss.; LK-*Schünemann*, § 30 n. m. 43; NK-*Zaczyk*, § 30 n. m. 29.

136 *Gallas*, ZStW 80 [1968], 1, 33; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 12 n. m. 173 y s.; similar *Roxin*, AT II, § 28 n. m. 27 y s.

137 BGHSt 6, 308; 53, 174 (respecto al § 30.II) con obs. crít. *Dehne-Niemann*, Jura 09, 695; *Gerold*, Jura 14, 854, 861; v. *Heintschel/Heinegg*, JA 09, 547; *Mitsch*, JR 10, 359; S/S/W-StGB-*Murmann*, § 30 n. m. 7; *Rengier*, AT, § 47 n. m. 15.

138 Así BGHSt 3, 228; 14, 353; BK-*Beckemper*, § 30 n. m. 4; *Geppert*, Jura 97, 546; S/S-*Heine/Weißer*, § 30 n. m. 13; *Mitsch*, Jura 14, 585, 589; AnwK-StGB-*Waßmer*, § 30 n. m. 12.

139 Adicional *Beulke*, NStZ 99, 26.

determinar a otro a la comisión de un delito, sin que el hecho principal que se tenía en mente supere el estadio preparatorio. El **dolo** de aquel que actúa sobre otro en el sentido mencionado, tiene que orientarse[140] a la provocación de la decisión al hecho, así como a la ejecución y consumación del hecho principal planeado. Para el doble dolo del instigador es suficiente también el *dolus eventualis*. No es necesaria[141] la "seriedad" de la solicitud.

807 La **ausencia de resultado en la tentativa de inducción** puede surgir del hecho de que quien ha recibido la solicitud la rechaza, la ignora o no la entiende; de que no se lleve a cabo ninguna disposición al hecho; de que el agente renuncie a la decisión que había tomado en la etapa de preparación del hecho; o ya estuviera firmemente decidido al hecho antes de la tentativa de la instigación y, por eso, no podía ser instigado; o, finalmente, del hecho de que la declaración de instigación ni siquiera llega a él.

Ejemplo: La carta con la solicitud de que se preste una declaración falsa es interceptada por la policía cuando se encuentra en camino a su destinatario[142].

808 El **§ 30.II** (denominado "*Duchesne-Paragraph*", por el nombre del calderero belga que se ofreció para un atentado contra Bismarck) tiene como objetivo contrarrestar la **formación de una voluntad conspirativa** de las que surja una amenaza para un bien jurídico más relevante que una decisión individual, la cual puede fracasar y ser abandonada sin dificultades en cualquier momento.

809 **Declararse dispuesto** implica una manifestación seria de la voluntad de cometer un delito contra otro[143]. Esto abarca el ofrecerse mediante una disposición al hecho por una persona que, sin embargo, aún no se haya decidida con firmeza, así como la aceptación del pedido de cometer el delito. La **aceptación del ofrecimiento** constituye el complemento de ese ofrecimiento. Aquella tiene que ser manifestada seriamente por el aceptante; para su punibilidad no es relevante si el ofrecimiento era serio o no[144].

140 Al respecto OLG Hamm JR 92, 521; *Bloy,* JR 92, 493.

141 BGHSt 44, 99 con obs. a favor *Roxin,* NStZ 98, 616; BGH NStZ 13, 334 con discusión *Hecker,* JuS 13, 748; de otra opinión BGHSt 7, 234, 238.

142 Cfr. BGHSt 8, 261; 31, 10; esquema respecto al § 30 I en *Hilgendorf/Valerius,* AT, § 10 n. m. 118.

143 Cfr. BGHSt 6, 346; OLG Celle MDR 91, 174.

144 BGHSt 10, 388.

810 El caso más importante del § 30.II está representado por el **acuerdo delictivo**. Este constituye un estadio previo de la coautoría[145] y requiere el acuerdo de voluntades de, por lo menos, dos personas, quienes quieren cometer un determinado delito[146], identificado en sus rasgos esenciales, aunque no en todos sus detalles, o cuya comisión quieren instigar conjuntamente a un tercero. Es necesario que quienes se ponen de acuerdo estén decididos incondicionalmente a la comisión del hecho punible. No basta[147] la mera disposición al hecho. La idoneidad o inidoneidad del objeto de la acción que se tiene en mente o del medio adoptado no depende de cómo se pueda[148] reconocer la remisión del § 30 al § 23.III. El tipo subjetivo —a diferencia del § 30.I (v. n. m. 806)— solo se satisface para aquel interviniente que quiere seriamente el hecho[149]. El acuerdo delictivo en virtud del § 30.II desplaza al § 30.I[150].

811 En la nueva regulación del § 30, el legislador no ha conminado conscientemente la **tentativa de complicidad** con una pena. En consecuencia, está exenta de sanción la **complicidad con un acuerdo delictivo** y la mera **promesa** de una ayuda delictiva[151].

812 De acuerdo con los requisitos mencionados en el § 31, no será sancionado en virtud del § 30, quien se desiste voluntariamente y definitivamente de una tentativa de intervención (causa personal de exclusión de la pena)[152].

En el caso de un acuerdo delictivo, el "impedir el hecho" en el sentido del § 31.I N.r 3 exigirá, por lo regular, medidas activas de evitación, pero esto no tiene que ser siempre así. Por ejemplo, si tras el acuerdo, un interviniente permanece inactivo, entonces, a él le favorece el privilegio del desistimiento del § 31.I Nr. 3 si, según su representación, el delito acordado no puede ejecutarse sin él y este no realiza su aporte de modo voluntario, con la consecuencia

145 BGH NStZ-RR 02, 74 con discusión *Heger*, JA 02, 628.

146 BGH NStZ 11, 570 (caso *Chatroom*) con obs. *Weigend; Rackow/Bock/Harrendorf*, StV 12, 687; *Reinbacher*, NStZ-RR 12, 40; *Rotsch*, ZJS 12, 680; BGH NStZ 13, 33; véase también *B. Heinrich*, Heinz-FS, p. 728.

147 BGH NStZ 09, 497.

148 Cfr. BGHSt 4, 254; LK-*Schünemann*, § 30 n. m. 69; limitando ello HK-GS-*Letzgus*, § 30 n. m. 85 ss.; *Rogall*, Puppe-FS, p. 859, 873 ss.; NK-*Zaczyk*, § 30 n. m. 30, 61, quienes parten de una mera remisión a la consecuencia jurídica; diferenciadamente también *Mitsch*, Maiwald II-FS, p. 539, 556.

149 BGH NStZ 98, 403; v., también, *Merkel*, ZIS 14, 565 y, al respecto, *Herzberg*, ZIS 15, 136.

150 BGH NStZ 94, 383; HK-GS-*Letzgus*, § 30 n. m. 96.

151 Más detalladamente BGH NStZ 82, 244.

152 BGH NStZ 92, 537.

de que el hecho no se produce[153]. Si el hecho no se produce sin la intervención de quien se desiste (por ejemplo, porque, en realidad, el supuesto autor instigado es un agente encubierto de la policía), entonces, de acuerdo con el § 31.II, para la no punibilidad basta con el esfuerzo serio y voluntario de impedir el hecho, exigiendo el BGH que el instigador utilice todas sus fuerzas para deshacer la decisión al hecho supuestamente provocada en el presunto autor[154]. Si el pretendido desistimiento fracasa porque los otros intervinientes culminan el hecho acordado y hacen uso del aporte al hecho realizado con anticipación por quien quiere desistirse, entonces, esto puede llevar a la punibilidad por un hecho consumado (por lo menos por complicidad)[155].

4. La instigación

Es **instigador** quien determina dolosamente a otro a cometer **dolosamente** un **hecho antijurídico** (§ 26 en conexión con el § 11.I Nr 5). El instigador se distingue del autor mediato o del coautor por la ausencia de un dominio propio del hecho, y de la complicidad por su corresponsabilidad respecto a la decisión al hecho tomada por el autor principal. 813

a) "Determinar", en el sentido del § 26, significa **provocar la decisión al hecho**. Qué debe entenderse exactamente por esto es discutido, debido a la falta de una precisión legal: 814

Algunos se conforman con la **causación** de la decisión al hecho por cualquier medio (**teoría de la causación**)[156]. Existen dudas respecto a esa posición porque la ley sanciona al instigador "igual que a un autor", es decir, parte abiertamente de que los comportamientos de ambos exhiben una cierta equiparabilidad en cuanto al contenido del injusto. Por eso, parece más convincente la opinión de que ella requiere de una **influencia sobre la voluntad** por la vía de un abierto **contacto psicológico (teoría de la comunicación)**, de modo que, por ejemplo, no basta[157] la provocación de una **situación que incita al hecho**, como podría ser el preparar una carta ficticia con el objetivo de "pescar" a un trabajador deshonesto.

153 BGHSt 32, 133 con obs. *Kühl*, JZ 84, 292; BGH NStZ 07, 287; StV 08, 248.

154 BGHSt 50, 142; a favor *Kudlich*, JA 06, 91; crít. *Kühl*, NStZ 06, 94; *Kütterer-Lang*, JuS 06, 206; *Puppe*, JR 06, 75.

155 Cfr. BGHSt 28, 346; BGH NStZ 87, 118; más detalladamente sobre todo ello *Angerer*, Rücktritt im Vorbereitungsstadium, 2003; *Bottke*, Rücktritt vom Versuch der Beteiligung nach § 31, 1980; *Roxin*, Frisch-FS, p. 613.

156 *Bloy*, p. 329; *Kindhäuser*, AT, § 41 n. m. 10; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 26 n. m. 2; *Scheinfeld*, GA 2007, 695, 709.

157 Cfr. *Amelung*, Schroeder-FS, p. 147, 178 ("sanktionsträchtiger Appell"); *Amelung/Boch*, JuS 00, 261; S/S-*Heine/Weißer*, § 26 n. m. 3; *Jakobs*, AT, 22/22; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 II 1; *Klesczewski*, AT, n. m. 682 y ss.; *Kretschmer*, Jura 08, 265, 266; *Krüger*, JA 08, 492; *Kühl*, AT, § 20 n. m. 171; S/S/W-StGB-*Murmann*, § 26 n. m. 4; *Rengier*, AT, § 45 n. m. 30; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 74 y y ss.

También iría muy lejos tener como suficiente todo consejo o una mera información, debido a su **conexión puramente causal** con la lesión del bien jurídico cometida posteriormente en el ámbito de la instigación (esto resulta más cercano a la aceptación de una complicidad psíquica). Si se considera al instigador como un "cocausante" del hecho equiparable al autor, se tendrá que exigir como acción del instigador una **influencia psicológica de la voluntad** que por lo menos lleve consigo un **estímulo a la comisión del hecho principal** y dé al instigado la posibilidad de usar, como fundamento de su decisión al hecho, el impulso que se le ha proporcionado (dado el caso, junto a adicionales incitaciones y motivos para el hecho). La opinión de *Puppe*[158], referida a que tendría que existir un **plan del hecho** conjunto en el sentido de un **"pacto sobre un injusto"**, en cuyo marco el instigador tomaría del instigado una promesa de la ejecución del hecho y este se subordinaría al instigador, o la opinión de *Hoyer*[159], en el sentido de que el instigador tendría un **"dominio sobre el motivo"** respecto del autor parecen excesivas[160].

Entre otros, pueden ser **medios adecuados** de la influencia de la voluntad y, con ello, de la instigación: la persuasión, determinados deseos y sugerencias (aun cuando ellas estén expresadas en forma de una pregunta), los regalos, la promesa de una recompensa, la provocación de un error en la motivación, el abuso de una relación de jerarquía, una amenaza, etc. [161]

En consecuencia, la mera **omisión** no basta, puesto que esto no representa ninguna influencia psíquica[162].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III, n. m. 90.

815 Una **persona que está decidida con seguridad al hecho concreto (*omnimodo facturus*)** ya no puede ser instigada; aquí entra en consideración solo una tentativa de instigación (§ 30.I) o una complicidad psíquica mediante el refuerzo del dolo del hecho[163]. Por el contrario, es posible la instigación de aquel que pese a su disposición al hecho, aún se halla indeciso respecto a si debe ejecutar el hecho en cuestión[164]. Lo mismo vale para aquel que se

158 *Puppe*, GA 1984, 101; *la misma*, NStZ 06, 424; *la misma*, GA 2013, 514, 517 y ss.; similar *Altenhain*, Die Strafbarkeit des Teilnehmers beim Exzess, 1994, p. 119 y ss.; *Jakobs*, AT, 22/22.

159 SK-*Hoyer*, § 26 n. m. 13; igualmente MK-*Joecks*, § 26 n. m. 20; en esa dirección también Maurach/Gössel/Zipf- *Renzikowski*, AT/2, § 51 n. m. 18 (exigencia vinculante).

160 Más profundamente *Christmann*, Zur Strafbarkeit sog. Tatsachenarrangements wegen Anstiftung, 1997; *Hilgendorf*, Jura 96, 9; *Hillenkamp*, AT, p. 173; *Joerden*, Puppe-FS, p. 563; *Schroeder*, GA 2016, 65; *Timpe*, GA 2013, 145.

161 Cfr. RGSt 36, 402; 53, 189; BGH GA 1980, 183.

162 Cfr. *Bachmann/Eichinger*, JA 11, 509; S/S-*Heine/Weißer*, § 26 n. m. 4; *Jescheck/Weigend*, AT § 64 II 6; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 86; distinto *Bloy*, JA 87, 490; *Rengier*, AT, § 51 n. m. 28 y s.

163 RGSt 72, 373; a favor *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 9 n. m. 126; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 565; en contra *Burchard/Engelhart*, JA 09, 271, 278; *Puppe*, GA 2013, 514, 520 y s.; *Steen*, Die Rechtsfigur des omnimodo facturus, 2011.

164 BGH MDR/D 72, 569.

ofrece para un hecho, pero que aún espera al impulso decisivo (por ejemplo, la confirmación de la recompensa exigida).

La instigación también es posible en la forma de una coinstigación mediante varias personas[165], o cuando alguien usa a un tercero como instrumento para causar un efecto en la voluntad del instigado (*instigación mediata*)[166]. La instigación de otro para que este instigue a un hecho principal (*instigación en cadena*) constituye una instigación mediata al hecho principal[167]. **816**

Se discute la punibilidad de quien determina a alguien que ya está decidido a realizar un tipo penal a cometer un hecho más grave (denominada **reinstigación**, en el sentido de una **instigación a un hecho más grave**). Dado que no se podría imputar al instigador ninguna porción del injusto, pues ello no podría reconducirse a su impulso, una parte de la doctrina acepta una instigación solo cuando el "plus" al que fue determinado el autor representa un genuino *aliud*, es decir, cuando realiza un **tipo independiente** (como, por ejemplo, en la "reinstigación" desde el hurto, § 242, hacia el robo, § 249). En otro caso, puede imputarse a quien lleva a cabo esa reinstigación, una **complicidad psíquica** respecto del delito más grave (denominado como principio analítico de separación)[168]. Otros no van tan lejos y consideran suficiente para un incremento esencial del injusto que el hecho al que uno es "reinstigado" constituya una **agravación** del delito que, en principio, se tenía en mente (como, por ejemplo, en la reinstigación de un hurto simple, § 242, a un hurto con armas, § 244.I Nr 1a)[169]. Sin embargo, el injusto también puede incrementarse de modo esencial, **dentro de un mismo tipo penal**, por medio de una "reinstigación" (por ejemplo, si el autor de un robo quiere amarrar las manos a su víctima, § 250.I Nr 1b, pero quien realiza la "reinstigación" le aconseja llevar adicionalmente una pistola automática, § 250.I Nr 1a vr. 1. También aquí parece adecuada una sanción por instigación[170]. **817**

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II, n. m. 503.

165 BGH NStZ 00, 421.

166 Cfr. BGHSt 8, 137; 40, 307; S/S-*Heine/Weißer*, § 26 n. m. 5.

167 *Krell*, Jura 11, 499; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 177.

168 S/S-*Heine/Weißer*, § 26 n. m. 9; *B. Heinrich*, AT, n. m. 1302; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 II 2c; MK-*Joecks*, § 26 n. m. 39, 41; *Kindhäuser*, AT, § 41 n. m. 14; *Nepomuck*, Anstiftung und Tatinteresse, 2008, p. 276.

169 *Krey/Esser*, AT, n. m. 1047; *Lackner/Kühl*, § 26 n. m. 2a.

170 BGHSt 19, 339; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 568; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 104 y ss.; LK-*Schünemann*, § 26 n. m. 34 y s.; respecto a todo: *Hillenkamp*, AT, p. 184.

818 Es indiscutible que existe un caso de instigación cuando se ordena al autor a cometer un delito que no se halla en una relación de escala (jurídica) con el delito planeado originalmente por el autor, sino que, más bien, representa un *aliud* (denominado como **instigación a otro delito**)[171]. Por el contrario, de acuerdo con el principio de la disminución del riesgo (v. n. m. 284 y ss.), no es punible por instigación quien induce al hombre de adelante, que está decidido a cometer un hecho cualificado, a cometer el delito básico (denominada **reinstigación a un hecho menos grave**). Es posible, sin embargo, que, en el caso concreto, pueda venir en consideración una punibilidad por complicidad psíquica[172].

819 **b)** El **dolo** del instigador tiene que descomponerse en dos aspectos: por un lado, debe dirigirse a la **provocación de la decisión al hecho**, y por otro lado, a la ejecución y **consumación** de un determinado hecho, concretizado en sus rasgos esenciales, por medio de un determinado autor o de un círculo de personas pasible de determinación (denominado como **doble dolo del instigador**)[173].

Para las exigencias de determinación respecto del hecho principal no basta con que la voluntad solo esté orientada a incitar a otro a acciones punibles de un modo general y sin una suficiente concretización, como, por ejemplo, a la comisión de "hurtos en locales comerciales" o al robo de "bancos" y acciones de ese estilo, describiendo únicamente el género de los objetos[174]. Por otro lado, el instigador no necesita haber[175] abarcado en su consciencia todos los detalles de la ejecución del hecho a cometerse. Sin embargo, por lo menos, su dolo debe contener los elementos característicos que hagan que el hecho mismo sea[176] reconocible como un **suceso concretamente individualizable.**

El dolo del instigador tiene que abarcar especialmente aquellas circunstancias de las que dependa la existencia de un "hecho principal antijurídico cometido dolosamente" por el instigado; al tipo de injusto pertenecen los correspondientes elementos subjetivos especiales

171 Cfr. solo *Joerden,* Puppe-FS, p. 563, 579; LK-*Schünemann,* § 26 n. m. 21 y ss.

172 *Kindhäuser,* LPK, § 26 n. m. 17; *Kudlich,* JuS 05, 592; AnwK-StGB-*Waßmer,* § 25 n. m. 17; con más profundidad LK-*Schünemann,* § 26 n. m. 28 y ss.

173 BGHSt 6, 359; 15, 276.

174 BGHSt 34, 63; BGH JR 99, 248; crít. *Herzberg,* JuS 87, 617; *Ingelfinger,* Anstiftervorsatz und Tatbestimmtheit, 1992, p. 223; *Roxin, Salger*-FS, p. 129; *el mismo,* AT II, § 26 n. m. 133.

175 Cfr. BGHSt 40, 218, 231.

176 Cfr. *Jescheck/Weigend,* AT, § 64 II 2 b; *Koch/Exner,* JuS 07, 40; Maurach/Gössel/Zipf- *Renzikowski,* AT/2, § 51 n. m. 30; *Satzger,* Jura 08, 514, 520.

del tipo del hecho principal, cuya existencia deberá ser conocida por el instigador, o sea, quien instiga a una estafa tiene que saber que el instigado realiza dolosamente el tipo objetivo del § 263 y —al mismo tiempo— que actúa con el ánimo de obtener para sí o para un tercero una ventaja patrimonial antijurídica. Él mismo no necesita tener, sin embargo, un ánimo de enriquecimiento. Si el instigador no conoce una circunstancia de esa clase o supone erróneamente la existencia de circunstancias cuya concurrencia excluirían un hecho principal antijurídico cometido dolosamente, entonces, de acuerdo con el § 16.I 1, decaería el correspondiente dolo del instigador (**ejemplo**: el instigador considera que la ventaja patrimonial pretendida por el autor, en el caso de los §§ 253, 263 s., es lícita en lugar de ilícita)[177].

También falta el dolo del instigador cuando este no quiere la **consumación del hecho principal,** sino más bien, se imagina que el resultado típico no se producirá. De aquí surge la falta de punibilidad del denominado **agente provocador** (*agent provocateur*). **820**

Ejemplo: A convence a B de cometer un robo en un gran almacén para que la policía, informada por A, lo detenga inmediatamente después de llevar a cabo ese ingreso[178].

En este sentido, se discute únicamente si la voluntad del *agent provocateur* tiene que estar ya orientada a impedir la consumación formal del hecho[179], o si también falta el dolo del instigador cuando lo único que falta es el agotamiento material, por ejemplo, si, en el caso analizado, la policía recién detiene al autor luego de abandonar el almacén[180]. De acuerdo con una opinión acertada, esto depende de si falta el dolo respecto del agotamiento material del hecho. Puesto que la punibilidad de la instigación se legitima desde la perspectiva de la protección del bien jurídico, aquel que al fin y al cabo quiere impedir un perjuicio para los bienes jurídicos protegidos no puede ser punible. Por consiguiente, tampoco puede hacerse ninguna diferencia si el instigador quería directamente que el hecho no se llegase a consumar o si quería impedir una lesión material del bien jurídico tras una consumación exitosa.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III, n. m. 451.

177 Näher *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 161 y ss.; *Schumann*, Stree/Wessels-FS, p. 383; más allá *Herzberg*, GA 1993, 439, 454.

178 Cfr. RGSt 56, 168, 170; OLG Oldenburg NJW 99, 2751; *Herzberg*, JuS 83, 737; SK-*Hoyer*, Vor § 26 n. m. 64; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 150 y ss.; *Rudolphi*, Fälle, p. 107.

179 En ese sentido, la antigua opinión dominante; cfr. RGSt 44, 172, 174.

180 *Deiters*, JuS 06, 302; S/S-*Heine/Weißer*, § 26 n. m. 23; *Kühl*, AT, § 20 n. m. 205; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 164; también en el resultado BGH NStZ 08, 41; diferenciadamente: *Rönnau*, JuS 15, 19.

Si, excepcionalmente, la punibilidad del agente provocador no fracasa ya como consecuencia de la falta de dolo, tiene que comprobarse[181] la presencia de causas de justificación (consentimiento o consentimiento presunto del titular del bien jurídico, o estado de necesidad justificante en el sentido del § 34).

821 c) También resulta problemática la punibilidad del instigado al hecho a través de **un agente provocador policial**. Según la actual opinión dominante, un agente provocador policial solo puede ser utilizado contra las personas, respecto de las cuales ya existe una sospecha en el sentido del § 160 StPO. Aparte de esto, no puede existir ninguna desproporción entre el comportamiento provocado y la sospecha inicial original, es decir, la predisposición al hecho. Incluso, si estos límites no son respetados, la provocación al hecho por parte de la policía sería, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia dominantes, una **causa de atenuación de la pena**[182].

822 **d)** En ese sentido, el instigador solo es responsable cuando el hecho principal cometido coincide con su dolo.

Un **exceso** del autor no puede serle imputado; las desviaciones no esenciales entre el hecho principal y el dolo del instigador son, por el contrario, irrelevantes[183]. Lo importante es que los límites del dolo del instigador tengan que seguir siendo impuestos más allá de los límites del dolo en la coautoría y en la autoría mediata, pues corresponde a la representación típica de la instigación que el instigador deje en manos del autor los detalles de la ejecución del hecho[184].

823 En el **caso n.° 16**, queda por comprobar si A es culpable por la instigación (§ 26) de los hechos punibles de W. A ha despertado en W, mediante la promesa de una recompensa, la decisión de matar a F. Aquí hay que preguntarse si A es responsable solo por este hecho o también por el homicidio de J, causado por una confusión.

aa) Algunos aceptan que una confusión del objeto, que es irrelevante para el autor principal, tampoco afectaría la punibilidad del instigador. Lo decisivo

181 Sin embargo, v. también LG Cottbus NJ 05, 377; *Oğlakcıoğlu/Kulhanek*, JR 14, 462; respecto a todo *Hillenkamp*, AT, p. 179.

182 BVerfG NJW 15, 1083; BGHSt 32, 345; 45, 321; BGH NStZ 14, 277 con obs. *Jahn*; JuS 14, 371; BGH (1. Senat) JR 16, 65; discrepa BGH (2. Senat) NJW 16, 91; detalles en *Beulke*, StPO, n. m. 288, 424.

183 Cfr. RGSt 70, 293; BGHSt 2, 223.

184 Cfr. BGH NStZ 96, 434.

sería que el instigado haya cometido el hecho como **consecuencia del dolo que se ha provocado en él;** lo que para él no es esencial tampoco podría eximir al instigador (en tal sentido, ya el Tribunal Supremo prusiano en el caso *Rose-Rosahl*)[185]. 824

Según esa opinión, si, luego del primer hecho "fallido", el autor vuelve a actuar alcanzando esta vez a la víctima correcta, tendría que sancionarse por la instigación de dos hechos. En ese sentido, no tendría que considerarse el segundo hecho (en el presente caso, la muerte de F) como un exceso del autor no imputable al instigador[186], puesto que justamente este hecho coincide con el que el autor debía hacer según la voluntad del instigador. Si el asesino necesita más "intentos" hasta dar finalmente con el intento correcto, entonces, tendría que responsabilizarse al instigador por toda la matanza (denominado como el argumento del baño de sangre)[187].

bb) La opinión dominante en la literatura considera la confusión del objeto por parte del autor como una *aberratio ictus* del instigador; de ahí que ella solo sancione a este último por una **tentativa de instigación** respecto del hecho planeado por él (dado el caso, en unidad de hecho con una autoría imprudente). Para la fundamentación de esto se aduce que, al menos en la lesión de bienes jurídicos personalísimos, la desviación del curso posterior del hecho respecto de los objetivos del instigador tendría que considerarse como **esencial** cuando el autor principal hubiera atacado a una persona distinta o adicional a la designada por el instigador[188]. 825

Este punto de vista no es satisfactorio porque la ley solo amenaza con pena la tentativa de instigación en caso de **delitos** (§ 30.I), de modo que aquí surgen lagunas de punibilidad cuando el hecho principal solo constituye una falta. La propuesta de sancionar[189] por una instigación a la **tentativa de un hecho** no resulta convincente porque la agresión a la persona

185 GA 1859, 322; igualmente *Maurach/Zipf*, AT/1, § 23 n. m. 26; *Nikolidakis*, Grundfragen der Anstiftung, 2003, p. 184; crít. *Puppe*, NStZ 91, 124 y GA 1984, 101, 120.

186 Sin embargo, así por ejemplo *Geppert*, Jura 92, 163, 168; *Streng*, JuS 91, 910, 915.

187 *Binding*, Normen III, 1918, p. 213; en contra *Kaspar*, AT, n. m. 676.

188 Así *Dehne-Niemann/Weber*, Jura 09, 373; *Erb*, Frisch-FS, p. 389, 398 y ss.; *Hillenkamp*, Die Bedeutung von Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, 1971, p. 63 y ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 II 4; *Otto*, JuS 82, 557, 562; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 119 y s.; *Schlehofer*, GA 1992, 307; *Schreiber*, JuS 85, 783; diferenciadamente *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 30 n. m. 85 y ss.; *Toepel*, JA 97, 344 y 948.

189 *Freund*, AT, § 10 n. m. 132.

equivocada no puede verse[190], al mismo tiempo, como una tentativa de agresión a la persona correcta (ausente).

826 **cc)** BGHSt 37, 214 (caso *Hoferben*) adhiere la mencionada decisión del Tribunal Supremo prusiano de 1859:

> La responsabilidad jurídico-penal del instigador decae cuando el hecho principal se desvía de un modo esencial de lo que este se había representado. Sin embargo, el error respecto a la persona en la que incurre el autor fundamentaría solo una desviación no esencial y jurídicamente irrelevante, si ella aún se mantuviera dentro de los límites de lo previsible, de acuerdo con la experiencia general de vida. De la relación normativa entre autoría y participación tendría que deducirse que un error del autor referido a la persona de la víctima, por regla, también sería irrelevante para el instigador. Que el curso concreto del hecho haya sido no deseado por el instigador no impediría la imputación al dolo. En la decisión BGH NStZ 98, 294 (caso *Autobomben*; v. n. m. 371) se ha confirmado nuevamente esa jurisprudencia.

Ese punto de vista del BGH debe aceptarse si el instigador (como sucede por lo regular) **ha dejado al autor la individualización de la víctima** y, en la ejecución de su decisión al hecho, aquel se esforzaba en seguir las instrucciones o indicaciones que le fueron dadas. Si, por ejemplo, el instigador describe (como en el caso *Hoferben*) la apariencia y otras características determinadas de la víctima del homicidio que se tiene en mente, entonces, el ulterior suceso en el lugar de los hechos también se corresponde en sus rasgos esenciales con la representación del instigador, puesto que este parte de que el instigado atacará y matará aquella persona que se adecua a la descripción[191]. Si el autor, que procura actuar conforme a las instrucciones, comete un error en la elección de la víctima que se le ha encargado, entonces, el instigador tiene que dejarse imputar el resultado si el error, bajo esas circunstancias, se mantiene aún dentro de los límites de lo previsible, según la experiencia general de la vida[192].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III, n. m. 162.

190 Cfr. LK-*Schünemann*, § 26 n. m. 90.

191 Así de forma acertada *Hufi/Eisele*, Keller-GS, p. 97; S/S-*Heine/Weißer*, § 26 n. m. 26; *Rengier*, AT, § 45 n. m. 57 y ss.; similar MK-*Joecks*, § 26 n. m. 85; *Rosenau/F. Zimmermann*, JuS 09, 546.

192 Instructivo al respecto *Geppert*, Jura 92, 163; *Gropp*, Lenckner-FS, p. 55; SK-*Hoyer*, Vor § 26 n. m. 53; *Kubiciel*, JA 05, 694; *Küpper*, JR 92, 294; *Lubig*, Jura 06, 655; *Mitsch*, Jura 91, 373; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 8 n. m. 98 y s.; *Streng*, JuS 91, 910; *Weßlau*, ZStW 104 [1992], 105.

Por consiguiente, en el **caso n.° 16**, A es culpable de una **instigación consumada** de asesinato (§§ 212, 211, 26), puesto que la confusión de J con F, como consecuencia del estado de visibilidad en el bosque, no se halla fuera de toda experiencia cotidiana. A él tiene que imputarse no solo la muerte de F, sino también la de J, puesto que ambos actos de agresión sirvieron a la realización de la decisión al hecho, que, como instigador, había[193] provocado en W. 827

La realización por parte de W del elemento del asesinato referido a la "alevosía" solo puede ser imputada a A según las reglas de la accesoriedad, si ha sido abarcado por su dolo. Esto se sigue de que el segundo grupo del § 211 II contiene elementos del injusto **referidos al hecho**, respecto de los cuales el § 28 no es aplicable[194].

Respecto a los motivos del asesinato **referidos al autor** del primer grupo del § 211.II, el BGH aplica el § 28.I, por el contrario, la opinión dominante en la doctrina, el § 28.II. Sin embargo, puesto que se trata de meros "elementos de la culpabilidad", del § 29 se sigue que la instigación que A comete "por codicia" para el asesinato de F tiene que ser sancionada[195] según el §§ 212, 211.II 1.er grupo, 26.

Queda por determinar si A ha colaborado con W respecto del hecho principal, al proporcionarle el arma con el que se realizó el hecho.

Cuando existe un **exceso** respecto del hecho punible cometido por el autor principal, también podría pensarse en los casos de instigación (respecto a la coautoría, v. n. m. 769), que bajo determinadas circunstancias pueda imputarse el resultado al instigador, de acuerdo con las reglas del delito cualificado por el resultado y siempre que sobre él recaiga imprudencia respecto de ese resultado (§ 18)[196].

5. La complicidad

Será sancionado por **complicidad** quien dolosamente ha prestado una **ayuda** a otro respecto del **hecho antijurídico** que este ha cometido **dolosamente** (§ 27). La complicidad se distingue de la coautoría por la ausencia de un dominio del hecho; el cómplice se limita a **ayudar en el hecho principal** mediante su apoyo **físico** (como, por ejemplo, consiguiendo los instrumentos para ingresar al lugar del robo, o la información sobre las costumbres de la víctima, 828

193 De acuerdo con BGHSt 37, 214 aquí se trata de "una" instigación a un homicidio doble; cfr. también n. m. 1062.

194 *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 140.

195 Cfr. *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 141, 144 y ss.

196 BGH NStZ-RR 16, 43 con discusión a favor *Hecker*, JuS 16, 364.

sobre las posibilidades de desactivación de una alarma, etc.) **o psíquico** (por ejemplo, reforzando una decisión al hecho ya existente)[197].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I, n. m. 389.

829 **a) "Prestar una ayuda"** existe en toda contribución que **haya posibilitado o facilitado** el hecho principal o haya **intensificado** la lesión del bien jurídico cometida por el autor.

No se requiere que el autor principal sepa de la existencia de esa ayuda, en tanto esta represente una cooperación objetiva[198] con el hecho principal. La complicidad también puede llevarse a cabo por medio de una **omisión** cuando al cómplice le incumbe[199] un deber de garante. Aquí se discute si la contribución del cómplice tiene que haber sido **causal** para el **resultado** del hecho principal. La doctrina parte[200] aquí predominantemente de la aplicabilidad de las reglas generales de la causalidad. Aunque otros no requieren la causalidad, sin embargo, exigen un **incremento del riesgo** para el bien jurídico[201] atacado mediante el hecho principal, o se orientan por el hecho de si el aporte del cómplice es concretamente peligroso para el bien jurídico protegido[202]. De acuerdo con la jurisprudencia, es suficiente con que, mediante la contribución del cómplice, el hecho principal como tal haya resultado **favorecido de cualquier forma** (denominada causalidad reforzadora o apoyadora), lo que, sin embargo, tiene que ser[203] más que una mera presencia, toma de conocimiento o aprobación del hecho. Esto no debe depender[204] de si la acción de complicidad era *conditio sine*

197 BGH wistra 99, 386 con obs. en contra *Krack*, JR 00, 423; BGH NStZ 12, 316 con obs. *Hadamitzky/Richter*, NZWiSt 14, 145; BGH StV 14, 474; *Sieber*, JZ 83, 431; *Stoffers*, Jura 93, 11; *Welz*, Zum Verhältnis von Anstiftung und Beihilfe, 2010; rechaza la construcción de una complicidad psíquica *Hruschka*, JR 83, 177; diferenciadamente *Joerden*, JuS 99, 1063; sobre el estado de la discusión véase también *Charalambakis*, Roxin-FS, p. 625; *Niedermair*, ZStW 107 [1995], 507; *Roxin*, Miyazawa-FS, p. 501.

198 BGHSt 6, 248, 249; Matt/Renzikowski-*Haas*, § 27 n. m. 21; S/S/W-StGB-*Murmann*, § 27 n. m. 4.

199 BGHSt 14, 229; BGH NStZ 85, 24; BGH NStZ-RR 12, 58.

200 MK-*Joecks*, § 27 n. m. 32 y ss.; *Samson*, Peters-FS, p. 121; LK-*Schünemann*, § 27 n. m. 1 y ss.; con limitaciones *Müller*, Jura 07, 697, 699.

201 *Kretschmer*, Jura 08, 265, 269; BK-*Kudlich*, § 27 n. m. 6; *Murmann*, JuS 99, 548; *Otto*, JuS 82, 557, 562; *Schaffstein*, Honig-FS, p. 169.

202 *Zieschang*, *Küper-FS*, p. 733.

203 BGH StV 12, 287; NStZ-RR 16, 136; HRRS 16 Nr 243 con discusión *Eisele*, JuS 16, 470.

204 BGHSt 48, 301; 54, 140; BGH NJW 07, 384 (*Al Motassadeq*) con obs. *Kudlich*, JA 07, 309.

qua non para el resultado del hecho principal. En el resultado hay que coincidir con ello. Puesto que el § 27 conmina con una pena la cooperación con el hecho principal y el resultado causado por el autor no es imputado al cómplice como "su obra", la punibilidad de la complicidad **no** depende[205] necesariamente de la relación causal exigida en el **ámbito de la autoría**.

Quien ha ayudado en un hurto con escalamiento, llevando al lugar de los hechos la escalera utilizada para ello, también tiene que ser sancionado por complicidad en ese hurto, incluso, si es seguro que el ladrón también[206] habría podido llevar la escalera hasta allí sin ayuda de otro. Sin embargo, en este ejemplo frecuentemente citado no tendría que ponerse en duda la causalidad de la contribución del cómplice, si uno partiera correctamente del curso real del suceso y advirtiera que la suposición de causas de reserva (aquí: que el ladrón habría podido llevar solo la escalera sin la ayuda que se le prestó) no está permitida en la cuestión sobre la relación causal (v. n. m. 229)[207]. Esto también vale respecto de los **delitos permanentes**[208].

Un problema que ha ganado relevancia en los últimos tiempos es la cuestión acerca de en **830**
qué medida los **comportamientos cotidianos, neutrales** pueden acarrear una punibilidad por complicidad. Con ello se refiere a acciones que "el ejecutor habría efectuado frente a cualquier otro, porque con la acción él [...] perseguía fines propios desvinculados del hecho y del autor, y no desaprobados jurídicamente"[209]. Ejemplos de ello son la venta de pan a un delincuente o la venta de un hacha al cónyuge violento. Esta problemática ha resultado relevante para la praxis, especialmente para los abogados, notarios, asesores fiscales y empleados bancarios[210], por ejemplo, cuando estos últimos transfieren dinero al extranjero con fines de evasión fiscal[211]. Incluso los efectos en la seguridad de las fronteras internas alemanas son discutidos[212] en relación con la cooperación mediante un comportamiento "neutral". Ya el

205 Más profundamente *Baunack*, Grenzfragen der strafrechtlichen Beihilfe, 1999; *Bloy*, p. 270 y ss.; *Gaede*, JA 07, 757; respecto a la problemática de la complicidad en cuanto a la cocausación de los crímenes del nacionalsocialismo v. *Fahl*, HRRS 15, 210; *Werle/Burghardt*, Beulke-FS, p. 339.

206 Distinto con referencia a la ausencia de un incremento del riesgo *Schaffstein*, Honig-FS, p. 169, 182.

207 *Puppe*, ZStW 95 [1983], 287, 292; *la misma*, GA 2013, 514, 532 y ss.

208 Discrepa parcialmente OLG Düsseldorf StV 02, 312; BayObLG NJW 02, 1663 con una crítica acertada de *König*, NJW 02, 1623.

209 *Wohlleben*, Beihilfe durch äußerlich neutrale Handlungen, 1996, p. 4.

210 Cfr. BGH NStZ-RR 99, 184, 186; BGH NStZ 00, 34; OLG Köln DStR 11, 1195 con discusión *Kudlich*, JA 11, 472; LG Bochum NJW 00, 1430; *Amelung*, Grünwald-FS, p. 9; *Arzt*, NStZ 90, 3; *Beulke/Ruhmannseder*, n. m. 79 y ss.; *Geppert*, Jura 99, 266, 269; *Hefendehl*, Jura 92, 376 y s.; *Lüderssen*, Grünwald-FS, p. 329; Coester-Waltjen-I-*Murmann*, p. 70; *Otto*, JZ 01, 436; Amelung-*Ransiek*, p. 95; *Schröder*, DNotZ 05, 596; LK-*Schünemann*, § 266 n. m. 163; *Tag*, JR 97, 49; *Volk*, BB 87, 139.

211 Cfr. al respecto BGHSt 46, 107 con obs. *Jäger*, wistra 00, 344 y *Lesch*, JR 01, 383; *Samson/Schillhorn*, wistra 01, 1; de modo exhaustivo *Kudlich/Oğlakcıoğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Aufl. 2014, n. m. 189 y ss.; respecto a la misma problemática en el así denominado Insiderstrafrecht: *Momsen*, Maiwald II-FS, p. 561, 575 y ss.

212 BGH NJW 01, 2409 con discusión *Kudlich*, JuS 02, 751.

lugar donde debe hacerse la discusión del problema es discutido. A menudo estos comportamientos son clasificados[213] en el ámbito del tipo *objetivo* como "socialmente adecuados" (v. n. m. 176 y ss.), en todo caso, siempre que se trate[214] de un "negocio estándar". En tales casos, la observancia del "riesgo permitido" (v. n. m. 257, 413) lleva a una parte a negar también la imputación objetiva[215] o la **antijuridicidad**[216]. Muchos buscan la solución en una combinación de criterios subjetivos y objetivos, así, por ejemplo, *Kudlich*[217], quien acepta una punibilidad cuando el que presta la ayuda posee al menos *dolus eventualis* respecto de los planes del autor y de la utilización delictiva de la actividad profesional y la vinculación entre el resultado del hecho y la actividad profesional satisface determinados criterios objetivos (especialmente que no sea arbitrario). Finalmente, no son pocos los que intencionalmente dejan abierta[218] la cuestión sobre el ámbito dogmáticamente correcto que le corresponde a esta cuestión jurídica.

La jurisprudencia se orienta, sobre todo siguiendo a *Roxin*[219], por la representación **subjetiva** de los intervinientes: "Si el comportamiento del autor principal se dirige exclusivamente a cometer una acción punible y esto es conocido por quien presta la ayuda, entonces hay que valorar su aporte al hecho como un acto de complicidad [...]. En este caso, su hacer pierde siempre su *naturaleza cotidiana*; esto tiene que interpretarse como una 'solidarización' con el autor [...] y entonces ya no puede considerarse como socialmente adecuado [...]. Si, por el contrario, quien presta la ayuda no sabe cómo el autor principal utilizará el aporte que él ha realizado y solo considera posible una utilización de su hacer en la comisión de un hecho punible, entonces su actuar aún no podrá valorarse por lo general como una acción de complicidad punible, a menos que el riesgo de un comportamiento punible de quien ha apoyado y que ha sido reconocido por él sea tan alto que con su cooperación él se haya empeñado en apoyar a un autor reconociblemente predispuesto al hecho"[220].

▶ Ejemplo de *Beulke*, Klausurenkurs III, n. m. 146b

213 *Bode*, ZStW 127 [2015], 937, 969; *Kretschmer*, JR 14, 39, 40; *Moos*, Trechsel-FS, p. 477; *Puppe*, AT, § 26 n. m. 10 y ss.; NK-*Schild*, § 27 n. m. 11.

214 Cfr. *Rackow*, Neutrale Handlungen als Problem des Strafrechts, 2007, p. 572; respecto a la participación del dueño principal de la empresa en los delitos cometidos por otro dueño en cuanto al aprovechamiento intencional de la dependencia económica v. *Bülte/Hagemeier*, NStZ 2015, 317, 319 y ss.

215 Cfr. *Kindhäuser*, Otto-FS, p. 355; *Rogat*, Die Zurechnung bei der Beihilfe, 1997, p. 68; *Schall*, Meurer-GS, p. 103; *Wohlers*, NStZ 00, 169; similar *Lesch*, Schiller-FS, p. 448 y ss. (Regressverbot).

216 Bajo la perspectiva del estado de necesidad *Frisch*, Lüderssen-FS, p. 554; para casos excepcionales también *Kai Müller*, Schreiber-FS, p. 357.

217 *Kudlich*, S. 466; *el mismo*, *Roxin* II-FS, p. 881; *el mismo*, JA 13, 791; distinto respecto a la instigación: *Kudlich*, Tiedemann-FS, p. 221.

218 *Rabe von Kühlewein*, JZ 02, 1139.

219 *Roxin*, AT II § 26 n. m. 218 y ss.; *el mismo*, StV 15, 447; a favor HK-GS-*Ingelfinger*, § 27 n. m. 13.

220 BGHSt 46, 107, 112; BGH wistra 14, 176 con obs. *Bott/Orlowski*, NZWiSt 14, 143; *Greco*, wistra 15, 1; *Putzke*, ZJS 14, 635; a favor *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 588; respecto a todo también *Ambos*, JA 00, 721; *Beckemper*, Jura 01, 163; *Hillenkamp*, AT, p. 202; MK-*Joecks*, § 27 n. m. 48 y ss.; *Kubiciel*, wistra 12, 453; *Rotsch*, Jura 04, 14.

No se requiere que la ayuda sea prestada en la ejecución misma del hecho; basta con la ayuda en una acción preparatoria para el hecho a cometerse con posterioridad[221]. Además, la jurisprudencia y parte de la literatura también consideran posible una complicidad en la fase **entre la consumación** y **el agotamiento** del hecho principal (**complicidad sucesiva**)[222], mientras que un creciente número de autores rechaza[223] esto considerando el principio de determinación y la prohibición de analogía (art. 103 II GG, n. m. 64, 75) y apelando a las dificultades que de otro modo existirían para lograr una distinción con el favorecimiento (§ 257). De acuerdo con una opinión unánime, los actos de cooperación **tras la consumación** del hecho principal (v. n. m. 841) no pueden fundamentar[224] una complicidad. 831

Una instigación a la complicidad así como una complicidad con la instigación o con la complicidad son una **complicidad respecto del hecho principal**[225].

b) El **dolo** del cómplice tiene que abarcar la acción de cooperación y dirigirse[226] a la consumación de un hecho principal determinado, no necesariamente concretizado en todos sus detalles. Es decir, el cómplice debe tener la voluntad y la conciencia de cooperar con el hecho de otro, quien satisface personalmente todos los elementos de un "hecho antijurídico cometido dolosamente"; aquí, **a diferencia de la instigación** (v. n. m. 819), basta con que su representación abarque[227] el **contenido esencial del injusto del hecho principal.** El cómplice tiene por lo menos que contar y asumir que su coo- 832

221 RGSt 58, 113.

222 BGHSt 19, 323, 325; BGH NStZ 12, 264; BGH NStZ 13, 583 con obs. *Beulke/Witzigmann*, ZWH 13, 450; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 37 n. m. 25 y s.; Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel*, AT/2, § 39 n. m. 61; diferenciadamente *Kühl*, Die Beendigung des vorsätzlichen Begehungsdelikts, 1974, p. 94 y ss.; véase también BVerfG NJW 07, 1117, 1119 (*Cicero*).

223 *Brüning*, NStZ 06, 253; *Geppert*, Jura 99, 266, 272; *Murmann*, Grundkurs, § 27 n. m. 139; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 257 y ss.; *Rudolphi, Jescheck*-FS, p. 559; NK-*Schild*, § 27 n. m. 12; MK-*Schmitz*, § 242 n. m. 179; *Seher*, JuS 09, 793, 797; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 723; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 806.

224 BGH NJW 13, 2211; BGH NStZ 13, 463.

225 BGH NStZ 96, 562; OLG Bamberg, StV 07, 529 con obs. *Müller*; de otra opinión *Hecker*, ZJS 12, 485; *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 563.

226 BGH GA 1967, 115; BGH wistra 00, 382; BayObLG NJW 91, 2582 con obs. crít. *Wolf*, JR 92, 428.

227 BGHSt 42, 135 con obs. *Roxin*, JZ 97, 210; *Fahl*, JA 97, 11; *Scheffler*, JuS 97, 598; BGH NStZ 11, 399; más escéptico BGH NJW 07, 384 (*Al Motassadeq*) con obs. *Jahn*, JuS 07, 382; BGH wistra 12, 302; con más detalles sobre todo: *Satzger*, Jura 08, 520; *Warneke*, Die Bestimmtheit des Beteiligungsvorsatzes, 2007.

peración facilita al autor la ejecución del hecho principal y que refuerza[228] su consumación. Además, la punibilidad del cómplice requiere que el hecho principal, con el cual ha cooperado, alcance la consumación o por lo menos la fase de la tentativa conminada con pena. Si, por el contrario, el cómplice planea al igual que un *agent provocateur* (v. n. m. 820) que el autor sea arrestado antes de que el hecho alcance el agotamiento material entonces él carece del necesario dolo del cómplice.

Si el autor principal incurre en un ***error in persona***, entonces rigen en lo correspondiente los principios a la instigación ya desarrollados (v. n. m. 826)[229].

833 **La complicidad en la tentativa de un hecho y la tentativa de complicidad** deben distinguirse con sumo cuidado. La última tampoco es punible respecto de los delitos (v. n. m. 803).

Una tentativa de complicidad no punible existe, por ejemplo, cuando el autor rechaza la ayuda que se le ha ofrecido o cuando la llave falsificada que se le ha enviado para la comisión de un hurto recién llega tras la comisión del hecho. Si el ladrón D no utiliza la llave falsificada que le ha entregado el ayudante H (por ejemplo, porque él ingresa a través de una ventana abierta, porque la llave resulta inutilizable o porque la puerta, en contra de lo esperado, está abierta), entonces, según corresponda, se requiere la comprobación de si viene en consideración una mera tentativa de complicidad (no punible), una complicidad punible respecto de una tentativa de hurto o, dado el caso, "complicidad psíquica" respecto a un hurto consumado (v. n. m. 829)[230]. Lo último requiere que la acción resulte objetivamente respaldada o facilitada como consecuencia de la influencia psíquica del cómplice y que esté consciente de eso[231]. En el ejemplo, este es el caso si con la entrega de la llave inservible D se ve fortalecido a consumar el hecho incluso de otro modo y H también prevé esto.

Una mera tentativa de complicidad no punible también existe cuando una persona ajena hace de "mirón" y está preparado para intervenir a ayudar en caso sea necesario pero el autor principal ignora su presencia y de esa asistencia no prestada. Una complicidad consumada está excluida porque la decisión al hecho del autor no ha sido reforzada y tampoco se ha cooperado objetivamente con el hecho principal (v. n. m. 829)[232].

834 En el **caso n.º 16,** A es culpable de complicidad (llevada a cabo mediante "una" acción) del asesinato de J y F. Sin embargo, dado que la complicidad es una forma

228 BGH NStZ 08, 409; OLG Karlsruhe NJW-RR 13, 1180, 1182.

229 De otra opinión *Hafti/Eisele*, Keller-GS, p. 81.

230 Cfr. RGSt 6, 169; 58, 113; BGH JR 08, 339 con obs. *Krack* y discusión *Krumdiek*, StV 09, 385; BGH NJW 08, 2276; *Letzgus*, Vogler-GS, p. 49; *Otto*, JuS 82, 557.

231 LK-*Schünemann*, § 27 n. m. 14; de otra opinión HK-GS-*Ingelfinger*, § 27 n. m. 6.

232 BGH NStZ 12, 347; *Roxin*, Miyazawa-FS, p. 504, 511 y s.; de otro parecer S/S/W-StGB-*Murmann*, § 27 n. m. 4; *el mismo*, *Beulke*-FS p. 181, 195.

de intervención menos grave queda desplazada por razones de **subsidiariedad** por la instigación que constituye una forma de intervención más grave[233].

6. Participación necesaria

Se habla de **participación necesaria** cuando un tipo está estructurado de una forma tal que su realización requiere ya conceptualmente la intervención de varias personas, como, por ejemplo, el incesto (§ 173), el abuso sexual de personas bajo protección (§ 174), etc. **835**

Cuando se trata de un denominado "*delito de encuentro*", en el cual se halla un interviniente del lado del autor y otro del lado de la víctima, entonces, este último no es punible como interviniente cuando no sobrepasa la medida de la participación necesaria o —en caso de que esto suceda— cuando el precepto penal justamente sirve[234] para su protección. En el caso del § 174 I 1, no es punible la estudiante del colegio que ha instigado a su maestro al acto sexual[235]. En el caso del § 184 I, no es punible[236] el comprador de pornografía de 17 años.

7. Imposibilidad de la identificación de las formas de intervención

No es posible una **determinación alternativa** (cfr. n. m. 1122 y ss.) entre autoría y participación debido a que ellas tienen un distinto contenido de injusto. En cuanto a su gravedad, la autoría, instigación y la complicidad poseen una progresión de "mayor a menor", que, desde una perspectiva valorativa, se puede calificar como una **relación normativa de niveles**. De esto se sigue que, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, solo puede condenarse por la **forma de intervención menos grave** (por ejemplo, por instigación en lugar de coautoría o por complicidad en lugar de instigación) cuando no se pueda aclarar si alguien ha intervenido en el hecho correspondiente como autor, instigador o cómplice, pero esté demostrado que, por lo menos, se ha cumplido con los requisitos de la forma de intervención menos grave. **836**

Aquí la jurisprudencia argumenta (aunque esto es criticable desde el punto de vista metodológico) con una **aplicación correspondiente** del principio *in dubio pro reo*[237], mientras que la doctrina considera que es posible su **aplicación directa**[238].

233 Cfr. RGSt 62, 74.
234 Cfr. RGSt 65, 416; BGHSt 10, 386; *Jescheck/Weigend*, AT, § 64 V 2; *Wolter*, JuS 82, 343.
235 MK-*Renzikowski*, § 174 n. m. 43; *Roxin*, AT II, § 26 n. m. 41 y ss.; *SK-Wolters*, § 174 n. m. 10; crít. *Gropp*, Deliktstypen mit Sonderbeteiligung, 1992, p. 14 y ss.
236 MK-*Hörnle*, § 184 n. m. 104.
237 BGHSt 23, 203, 204; 31, 136.
238 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 16 II 2.

837 En el **caso n.° 16**, W se ha hecho punible de un doble asesinato (§ 211: codicia y alevosía), v. n. m. 742. A ha instigado ambos hechos mediante una misma acción. Que, en el homicidio de J, W haya incurrido en un *error in persona* irrelevante para él, tiene que ser imputado a A, puesto que este dejó a W la individualización. Aquí no viene en cuenta una flexibilización de la accesoriedad respecto de A, pues el modo alevoso de comisión está referido al hecho y, por eso, ni el § 28 ni el § 29 resultan relevantes. La complicidad cede ante una instigación a asesinato, v. n. m. 823, 827, 834.

Jurisprudencia actual sobre el § 16:

— BGHSt 58, 115: Solo puede ser autor de un delito especial (aquí: § 283) quien posee la correspondiente posición de deber; cfr. n. m. 753 y s.

— BGH StV 13, 387: En la delimitación entre la coautoría y la complicidad vienen en cuenta como puntos de referencia esenciales el grado de interés propio en el resultado del hecho, la extensión de la intervención en el hecho y el dominio del hecho o, en todo caso, la voluntad de dominio del hecho; cfr. n. m. 761.

— BGH NStZ-RR 14, 73: Se excluye una sanción por una coautoría sucesiva en virtud de lesiones corporales peligrosas, en el sentido del § 224 I Nr 2, cuando, al intervenir el otro, ya se ha realizado completamente el hecho (no acordado previamente) del primer autor (bastonazo). Aquí no cambia nada que el interviniente posterior consienta el hecho del primer autor y que se aproveche de ello para llevar a cabo una nueva agresión contra la víctima; cfr. n. m. 762.

— BGH NStZ-RR 16, 6: Si bien un mero acto preparatorio o de asistencia que se realiza en el estadio anterior a la real ejecución del hecho puede fundamentar el estatus de coautor, sin embargo, esto solo es así si se trata de un aporte esencial y relevante al hecho. Si A comete un hurto en un mercado especializado en productos de construcción, mientras que B solo espera en su domicilio, en el cual, como se acordó, debe guardarse el bien hurtado hasta que sea utilizado, entonces, B no es un coautor, pues falta una influencia en la ejecución y en el resultado del hurto, aun cuando él considere el hecho como "conjunto" y participe de la mitad del beneficio; cfr. n. m. 763 y s.

— BGH NStZ 12, 508: Si, durante la comisión del hecho, un coautor interviniente en el robo se decide secretamente a retener el dinero solo para sí, en contra de lo acordado, esta desviación del plan conjunto no tiene ningún efecto sobre la punibilidad como coautores de los otros intervinientes en el hecho, puesto que el suceso fáctico objetivo subyace al plan del hecho y allí existe aún el necesario ánimo de apropiación; cfr. n. m. 766.

— BGH NStZ 13, 400: Las acciones de un coautor que se hallan fuera del plan del hecho conjunto no pueden ser imputadas, en lo esencial, a los restantes intervinientes. Antes de afirmar un tal exceso debe examinarse cuidadosamente si de acuerdo con las circunstancias del caso tenía que contarse con la respectiva acción (aquí: el duro puntapié en la canilla de la víctima), o si los otros intervinientes estaban de acuerdo con ella, o si, por lo menos, fueron indiferentes respecto a ella. Además, debe tenerse en cuenta que el plan del hecho conjunto puede ser ampliado de común acuerdo durante la ejecución del hecho o que puede existir un caso de coautoría sucesiva; cfr. n. m. 767, 762.

— BGH NStZ 13, 280: Cuando, de acuerdo a lo convenido, varios autores utilizan una violencia brutal contra su víctima (golpes y patadas contra un indigente), resulta previsible una acción excesiva conducente a la muerte de la víctima (dura patada en la cara de la víctima que yace en el suelo) y ello no rompe el nexo de imputación referido al peligro específico exigido por el § 227; cfr. n. m. 769.

— BGH wistra 12, 302: Si bien un cómplice no necesita conocer los detalles del hecho principal, sin embargo, tiene que conocer sus rasgos esenciales, especialmente, su contenido de injusto y la dirección del ataque en el sentido del dolo eventual, es decir, considerarlo posible y consentirlo. No basta, pues, la voluntad de apoyar "cualquier" o "algún" delito patrimonial; cfr. n. m. 832.

— BGH NStZ-RR 16, 43: A instiga a B y C a darle a su conviviente X una "paliza" que lo deje en cama durante varios días. A espera que le rompan los brazos y las piernas. Pero B y C, de acuerdo con lo que A les había comunicado telefónicamente al coplanear el hecho, golpean tan fuerte a X que este muere. B y C habían contado con que esta muerte podía suceder. Aquí B y C son sancionados por los §§ 212, 211, 25 II, y A —dado que ella tenía que considerar ese curso de los hechos— por instigación a lesiones corporales con consecuencias mortales, §§ 227, 18, 26 (los §§ 223, 224, 26 y § 222, que vienen en consideración en el caso de A, son desplazados por la vía del concurso de leyes); cfr. n. m. 827.

— BGH NStZ 12, 347: "Quedarse mirando" una lesión corporal y, al mismo tiempo, estar preparado para intervenir ayudando en caso sea necesario, es solo una tentativa de complicidad no punible si, en definitiva, la intervención no era necesaria y el autor principal no sabe de esa circunstancia; cfr. n. m. 833.

§ 17. Tentativa, desistimiento de la tentativa y arrepentimiento activo

838 **Caso n.° 17**

a) A y el huraño B son enemigos. Una noche, utilizando una ganzúa, A entra a la cabaña solitaria de B y, aprovechando la ausencia de este, coloca un trapo empapado en gasolina sobre un estante ubicado junto a la pared de una habitación para, luego, prenderle fuego. Pero F, la esposa de A, lo ha seguido en secreto. Ella le advierte a su marido que "esto podría causarle un infortunio" y A se deja convencer por temor a la posible pena. Como consecuencia de ello, y con la ayuda de su mujer, A vierte agua rápidamente y logra apagar el fuego evitando que el estante ya encendido se propague por las paredes de la casa.
¿Es A responsable? **(n. m. 844, 850, 867, 885, 918, 920 y 924).**

b) ¿Cambia el resultado si el fuego se hubiera propagado a una parte de las ventanas, mucho antes de que A y B lo hubieran apagado? **(n. m. 924).**

I. Los grados de realización del hecho doloso y la punibilidad de la tentativa

1. Los grados de realización de la voluntad

839 Todo hecho punible doloso recorre distintos **grados de realización de la voluntad**. Su camino va desde la decisión del autor, pasando por la preparación, el comienzo de la ejecución, la conclusión de la acción típica y, dado el caso, la producción del resultado hasta su agotamiento[1].

La **toma de una decisión** del individuo no es penalizada por el derecho penal (a diferencia, por ejemplo, del acuerdo delictivo en virtud del § 30.II). Por lo general, tampoco los **actos preparatorios** son punibles; ellos tienen conminada una pena solo excepcionalmente (por ejemplo, § 89.a, véase también §§ 83, 98, 149, 234a III)[2].

1 Con mayor profundidad *Kühl*, JA 14, 907.

2 Un panorama en *Mitsch*, Jura 13, 696; crít. respecto al adelantamiento *Rackow*, Maiwald II-FS, p. 615; *Radtke/Steinsiek*, JR 10, 107; *Sieber*, NStZ 09, 353; *Steinsiek*, Terrorabwehr durch Strafrecht?, 2012, p. 338 y ss.; *Weißer*, JZ 08, 388; *Zöller*, StV 12, 364, 371; fundamental *Duttge*, Weber-FS, p. 285; ver también los aportes de *Gropp, Hauck* y *Wörner*, en: Sinn/Gropp/Nagy (ed.), Vorverlagerung.

Por el contrario, la **tentativa** siempre es punible cuando se trata de **delitos**, en caso de faltas, solo en casos determinados explícitamente (§ 23.I).

La delimitación entre actos preparatorios y tentativa es trascendente para la punibilidad de la conducta; la distinción entre tentativa y consumación tiene relevancia para la posibilidad de un desistimiento eximente de pena (§ 24). **840**

La diferencia entre la consumación **típico-formal** y el **agotamiento** materialmente concluyente de un hecho punible es importante porque, de acuerdo con la **doctrina del agotamiento** del BGH, en el ámbito de esa "zona posterior" típica aún se puede realizar elementos agravantes (discutido)[3], por lo demás, queda lugar para una intervención en el hecho que recién tiene lugar (v. n. m. 762, 831) y, de acuerdo con el § 78.a, la prescripción recién empieza con el agotamiento del hecho[4].

841 No hay una respuesta general respecto a cuándo viene en consideración esa "fase de agotamiento" posterior a una consumación típica. La posibilidad, particularidad y limitaciones de una tal "zona posterior" se orientan a la respectiva estructura delictiva, la configuración concreta de la acción y el correspondiente tipo penal, con cuyo sentido y finalidad debe[5] concordar el concepto de agotamiento. El momento del agotamiento tiene una gran importancia práctica en los delitos permanentes (por ejemplo, § 239) y en los delitos con una consumación anticipada (como, por ejemplo, §§ 242, 249, 253, 255, 263, como delitos de intención con una tendencia interna trascendente). La circunstancia de que la consumación y, con ello, la plena punibilidad del hecho entren en juego muy tempranamente no significa, de ningún modo, que la fase de culminación inmediatamente ulterior, la cual pertenece objetivamente aún al **injusto ya contenido en el tipo** y a la **realización del perjuicio al bien jurídico**, deba quedar exenta de pena. La prohibición legal y la correspondiente conminación penal se refieren siempre al **suceso** delictivo **global** en su configuración típicamente abarcada. De ahí que no haya que temer una colisión con el art. 103.II GG, siempre que uno no busque asignar a la "fase de agotamiento" cualquier acto del suceso o consecuencia del hecho completamente alejado del tipo. Por otro lado, uno tampoco puede limitar tan estrechamente la teoría del agotamiento mediante una vinculación rígida y exagerada al texto de la ley, pues la fase de agotamiento no debe estar descrita en el tipo de un modo formal, sino únicamente

3 A favor: BGHSt 20, 194, 197; 22, 227, 228; BGH NStZ-RR 13, 244; más restrictivo BGHSt 53, 234; 55, 79; en contra: *Bachmann/Goeck*, Jura 12, 133; *Eisele*, BT II, n. m. 184; *Rengier*, BT I, § 4 n. m. 49, § 8 n. m. 30 y ss. y § 9 n. m. 8 y s.; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 268.

4 BGHSt 27, 342; BGH NStZ 12, 511; *Cordes/Sartorius*, NJW 13, 2635; *Gleß*, GA 2006, 689; *Meyer*, JA 14, 342, 344 y s.

5 Más profundamente *Küper*, JuS 86, 862; *Lotz/Reschke*, JR 13, 59.

estar abarcada materialmente por el sentido de la prohibición subyacente en él y, entonces, aparecer[6] como un elemento de la realización del injusto cuyo prototipo se halla en el tipo.

842 **Ejemplos:** Un **homicidio** (§ 212) se consuma y agota al mismo tiempo con la muerte de la víctima; aquí no hay lugar[7] para una "zona posterior". Quien ayuda al autor a enterrar el cadáver ya no puede incurrir en ninguna complicidad (§§ 212, 27), pero, bajo ciertas circunstancias, sí en un favorecimiento (§ 257) o una frustración de la pena (§ 258.I). Un **secuestro** (§ 239) se consuma con el encierro o con otra pérdida de la libertad de movimiento, pero recién se agota cuando la víctima recupera[8] su libertad. Para la consumación de un **hurto** (§ 242) solo se requiere la sustracción con ánimo de apropiación, es decir, la provocación de un cambio de posesión por la vía de la anulación de la posesión de un tercero y la instauración de una nueva[9]. Como consecuencia de ello, el hecho recién está agotado cuando la nueva posesión instaurada por el autor ha alcanzado una cierta consolidación y seguridad[10]. Este es el caso, en definitiva, cuando el ladrón lleva la cosa sustraída a su domicilio, donde unos conocidos o a algún escondite. En el caso de objetos pequeños, fácilmente transportables (dinero, joyas, etc.), puede bastar[11] para el agotamiento el abandono del ámbito del dominio ajeno. Un **robo** (§ 249) también puede alcanzar el estadio del agotamiento cuando se encuentra el botín que el autor, al ser perseguido, ha dejado en un escondite aún inseguro y aquel le es devuelto a su legítimo poseedor. Pues, con ello, el ataque contra el bien jurídico protegido ya ha culminado realmente de modo que este ya no puede[12] seguir siendo dañado. Una **estafa** (§ 263) se consuma con la producción del perjuicio patrimonial, para lo cual bastaría[13], según la jurisprudencia, una puesta en peligro del patrimonio equiparable al daño; esa estafa se agotaría cuando el autor ha obtenido definitivamente esa ventaja patrimonial[14].

2. El fundamento de la pena de la tentativa

843 Según la "teoría mixta subjetiva-objetiva"[15], dominante en la actualidad, el **fundamento de la pena** de la tentativa es **la manifestación de la voluntad delictiva**, cuya repercusión en la comunidad puede llevar a una conmoción

6 Discutido al detalle LK-*Hillenkamp*, Vor § 22 n. m. 19 ss.; *Kühl*, AT, § 14 n. m. 21 y ss.; *el mismo*, JuS 02, 729; NK-*Zaczyk*, § 22 n. m. 6.

7 Distinto LK-*Hillenkamp*, Vor § 22 n. m. 31; *Walther*, NStZ 05, 657.

8 BGHSt 20, 227, 228; *Eisele*, BT I, n. m. 425.

9 BGH NStZ 11, 158, 159; BGH NStZ 14, 40, 41; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 111 y ss.

10 BGH NStZ 11, 637, 638; *Fischer*, § 242 n. m. 54.

11 Más detalladamente, BGH VRS 60, 294.

12 Instructivo al respecto BGH JZ 85, 299; *Küper*, JuS 86, 862.

13 BK-*Beukelmann*, § 263 n. m. 89; *Fischer*, § 263 n. m. 200.

14 BGH wistra 14, 391; Matt/Renzikowski-*Saliger*, § 263 n. m. 298; más estricto NK-*Kindhäuser*, § 263 n. m. 381; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 263 n. m. 63 (producción definitiva del daño).

15 Cfr. BGHSt 11, 324.

de la conciencia jurídica y poner en peligro la paz social. Los detalles de esto son —también en el aspecto terminológico— bastante discutidos[16].

II. El tipo de la tentativa

En el **caso n.° 17a**, A podría haber realizado el tipo de incendios (§ 306.I Nr 1); la casa de madera de H era un "edificio". Sin embargo, es dudoso si estamos ante un "incendio" consumado o solo ante su tentativa. **844**

Se designa **tentativa** a la manifestación de la decisión de cometer un hecho punible mediante acciones que se disponen directamente a la realización del tipo legal, pero que (aún) no han llevado a la consumación[17]. Lo característico de la tentativa viene dado por **la falta del tipo objetivo del injusto**, a pesar de que se han satisfecho plenamente los presupuestos subjetivos del tipo. Una tentativa solo es punible si existen los siguientes elementos: la **punibilidad** del hecho que se ha intentado, la ausencia de la **consumación del hecho**, una **decisión** determinada al **hecho**, y la **inmediata disposición a la realización del tipo**. **845**

1. La punibilidad de la tentativa

En primer lugar, se debe determinar si la tentativa del delito en cuestión tiene conminada una pena. Esto se juzga atendiendo al § 23.I. Según este —como ya se ha resaltado— la tentativa de un delito (definición legal en el § 12.I) es siempre punible, la tentativa de una falta (definición legal en el § 12.II) lo es, por el contrario, solo cuando la ley señala eso de modo expreso. **846**

2. La falta de consumación del delito

Además, el delito en cuestión no puede estar consumado. Falta una consumación cuando el tipo objetivo del injusto no se ha cumplido parcial o totalmente. **847**

Es indiferente la razón por la que el tipo objetivo no puede ser afirmado. Por lo regular, no se cumple con un elemento del tipo o no se produce el resultado típico. Pero también es posible **848**

16 *Gössel*, Wolter-FS, p. 403; *Haas*, ZStW 123 [2011], 226; Matt/Renzikowski-*Heger*, § 22 n. m. 9 y ss.; LK-*Hillenkamp*, Vor § 22 n. m. 55 y ss.; *Satzger*, Jura 13, 1017.

17 Para un panorama: *Putzke*, JuS 09, 894 y ss.; 985 y ss.; 1083 y ss.

que falte la necesaria causalidad entre la acción y el resultado (v. n. m. 217 y ss.) o que, pese a la producción del resultado, este no le pueda ser imputado al autor (v. n. m. 246 y ss.), por ejemplo, como consecuencia de un curso causal atípico (v. n. m. 289).

849 **Ejemplo:** Un médico que ofrece información falsa en el organismo encargado de asignación de órganos de donantes con la finalidad de alterar la lista de repartición en beneficio de su paciente, puede ser sancionado, en todo caso, por tentativa de homicidio, puesto que, en vista de los riesgos de un trasplante, no es seguro si la vida de quien ha sido "saltado" hubiera sido salvada de haber recibido el órgano[18].

850 En el **caso n.° 17a**, la cuestión de la consumación del § 306.I Nr 1 depende de si, al arder el estante, existía al mismo tiempo un incendio del "edificio". Un edificio está incendiado cuando **una parte de él** ha sido alcanzada por el fuego de un modo que pueda seguir ardiendo de forma independiente después del retiro o cese del material inflamable y pueda extenderse a otras partes del edificio, que son esencialmente relevantes[19] para el uso que se ha determinado. Los objetos de una habitación no son considerados regularmente como parte de un edificio; esto también es válido para estantes, si estos —como es de costumbre— están colgados o sujetados con clavos en la pared[20]. Por lo tanto, en el **caso n.° 17a** no existe un incendio provocado consumado.

3. La decisión al hecho (tipo subjetivo)

851 El fundamento de toda tentativa es la **decisión de cometer el hecho**[21]. Este elemento subjetivo de lo injusto abarca el **dolo referido a todos los elementos objetivos del tipo** y los demás **elementos subjetivos del tipo** (como, por ejemplo, las especiales "intenciones" en los §§ 242, 249, 253, 259 y 263).

En el marco de la evaluación de un caso, se debe constatar todos los elementos del tipo objetivo **con base en la representación del autor** respecto de su hecho, así como comprobar la concurrencia de los otros elementos subjetivos del tipo (detalles adicionales respecto a la estructura de la tentativa: n. m. 1203).

18 Cfr. OLG Braunschweig NStZ 13, 593 (caso *Spendeorgan*) con discusión *Böse*, ZJS 14, 117; *Bülte*, StV 13, 753; *Dannecker/Streng-Baunemann*, NStZ 14, 673; al respecto, también *Kudlich*, NJW 13, 917, 918 y s.; *Rissing-van Saan*, NStZ 14, 233, 240; *Schroth*, NStZ 13, 437, 440 y ss.; *Verrel*, MedR 14, 464.

19 BGHSt 7, 37.

20 BGHSt 16, 109; 48, 14.

21 Crítico sobre el concepto *Hardtung/Putzke*, AT, n. m. 1124.

La determinación al hecho tiene que haberse tomado de un **modo definitivo**. Si la decisión respecto del "si" de la comisión del hecho aún no ha tenido lugar, esto es, si el autor únicamente **tiene una predisposición al hecho**, pero aún no se ha decidido definitivamente al hecho, debe excluirse una sanción por tentativa[22]. Esto es distinto cuando la decisión a actuar ya existe como tal, pero se vincula a una **condición** respecto a la cual el autor no tiene ninguna influencia[23] (respecto a la disposición inmediata antes de la producción de la condición ausente bajo determinadas circunstancias: n. m. 857). La decisión al hecho no debe cuestionarse[24] por un posible fracaso (**fundamento fáctico conscientemente inseguro**), ni por la reserva a continuar la ejecución del hecho bajo determinadas circunstancias (**reserva del desistimiento**). También las incertidumbres respecto al "cómo" de la ejecución del hecho dejan inalterable[25] la decisión al hecho. Siempre que el **dolo eventual** sea suficiente para la consumación del delito, ello valdrá también para la tentativa[26]. Un error de tipo, en el sentido del § 16.I 1, excluye el dolo y, al mismo tiempo, la "decisión al hecho" en el sentido del tipo subjetivo de la tentativa[27].

4. La disposición inmediata (tipo objetivo)

El elemento objetivo[28] del injusto de la tentativa yace en la **disposición inmediata a la realización del tipo**, a cuya consumación se dirige el dolo del autor. La delimitación necesaria entre **actos de tentativa** y **actos preparatorios** no es la mayor parte de las veces problemática, cuando el autor ya ha empezado con la acción de ejecución típica misma, como, por ejemplo, en el § 242 lo es la "sustracción". La posibilidad de una acción preparatoria no punible a pesar de que ya se ha realizado un elemento del tipo viene en consideración solo en casos excepcionales —como se mostrará a continuación—; así, por ejemplo, en la estafa (§ 263), cuando el autor engaña a la víctima 852

22 Cfr. LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 40.

23 BGHSt 12, 306, 309 y s.; 21, 14, 17; sin embargo, distinto BGH NStZ 13, 579 con discusión y rechazando ello *Jäger*, JA 13, 949.

24 *Jäger*, JA 13, 949; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 201; parcialmente en contra *Frister*, Wolter-FS, p. 375, 386 y s.

25 Respecto a todo: *B. Heinrich*, AT, n. m. 663 y ss.; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 10 n. m. 21 y s.; *Krey/Esser*, AT, n. m. 1208 y ss.

26 RGSt 61, 159; limitando ello NK-*Zaczyk*, § 22 n. m. y 19.

27 Véase, sobre todo, también *Streng*, ZStW 109 [1997], 862; *Struensee*, Armin Kaufmann-GS, p. 523.

28 Crít. al respecto. *Momsen*, *Maiwald*-FS, p. 61.

respecto a su solvencia para obtener en ese momento un crédito que no puede ni quiere pagar. Sin embargo, más difícil es la distinción cuando la actividad aún se lleva a cabo en el **ámbito previo** a la real acción típica.

853 Según la antigua **teoría formal-objetiva**, era suficiente[29], para el comienzo de la ejecución del hecho, el inicio de la "acción típica" en un sentido estricto. Desde el punto de vista de las **teorías objetivo-materiales**, pertenecían al ámbito de la tentativa todos aquellos actos que, "conforme a su necesaria correspondencia con la acción típica, aparecen como su parte esencial en una interpretación natural (= objetiva)"[30] o los que causan[31] ya una "puesta en peligro inmediata del objeto de la acción protegido". Incluso, más lejos ha ido la **teoría subjetiva**[32], la cual no alude a una consideración objetiva, sino únicamente a la representación del autor, lo que provocó una expansión relevante de la punibilidad de la tentativa. La opinión dominante sigue la "**teoría mixta objetivo-subjetiva**", la cual combina criterios subjetivos y objetivos que parten de la representación del autor y de la inmediatez del ataque respecto del objeto protegido.

854 La definición legal del § 22 se corresponde con la opinión dominante: incurre en tentativa de un hecho punible quien, **según su representación del hecho, se dispone inmediatamente** a la realización del tipo.

Sin embargo, aún ahora se discute qué debe entenderse concretamente por eso. La **teoría del acto parcial**[33] afirma la inmediatez de la disposición, en el sentido del § 22, solo cuando entre la actividad ya desplegada y el acto típico real "no existen otros actos parciales".

Por el contrario, otros se orientan más bien a **consideraciones de puesta en peligro**, es decir, se orientan por si el bien jurídico afectado ya había[34] sido puesto en peligro directamente desde la perspectiva del autor.

En definitiva, hay un inicio de la tentativa, ante todo, cuando el autor ya ha ingresado en la **esfera de protección de la víctima** y está planeada una utilización inmediata de ese nexo de cercanía espacial[35].

Todos esos aspectos no pueden satisfacer de modo exclusivo todas las constelaciones de casos.

29 Así, entre otros, también RGSt 70, 151, 157.
30 *Frank*, StGB § 43.II 2b.
31 Cfr. RGSt 53, 217; BGHSt 2, 380; 6, 98; 20, 150; 22, 80.
32 Cercana a ella RGSt 72, 66; BGHSt 6, 302; en principio también LK-*Hillenkamp*, Vor § 22, n. m. 60; *Safferling*, ZStW 118 [2006], 682; crít. *Hirsch*, JZ 07, 494.
33 Por ejemplo, *Vogler*, Stree/Wessels-FS, p. 285.
34 S/S-*Eser/Bosch*, § 22 n. m. 42; *Gropp*, *Gössel*-FS, p. 175; *Hirsch*, *Roxin*-FS, p. 711; *Otto*, Grundkurs AT, § 18 n. m. 22 y ss.
35 Cfr. *Jakobs*, AT, 25/68 en conexión con *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 139; *el mismo*, *Herzberg*-FS, pp. 341 y 347.

Por eso, la jurisprudencia y la doctrina dominante defienden acertadamente una posición mixta. De acuerdo con ella, el autor tiene que sobrepasar subjetivamente el umbral del "**dar inicio**" y haberse dispuesto[36] objetivamente a la **acción de ataque típica**. Aquí no basta cualquier disposición a realizar la decisión al hecho, sino solo un comportamiento que, aunque no requiere ser típico, sin embargo, de acuerdo con el plan general del autor, está tan estrechamente vinculado con el acto ejecutivo típico que, en caso de una continuación ininterrumpida, debe llevar **inmediatamente** a la realización del tipo penal global o a un **contexto espacial y temporal inmediato** que desemboca en ella[37]. La cuestión respecto a si esas condiciones del § 22 se cumplen en el caso concreto tiene que decidirse de la mano de un criterio valorativo objetivo, para el cual el **dolo concreto del hecho** (= la representación del hecho que posee el autor) aporta el fundamento subjetivo de la valoración. Un indicio para la cercanía típica de la "disposición" y la necesaria "relación de inmediatez" puede surgir del específico plan del hecho y de la clase del tipo penal respectivo, especialmente, si, según la representación que el autor se hace del curso del hecho, la serie causal puesta en marcha por él debe desembocar **sin cesura y sin ningún acto intermedio esencial** adicional en la acción típica real[38], con la consecuencia de que, desde su perspectiva, el objeto del ataque ya aparece como puesto en **peligro de modo concreto**[39]. **855**

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 178, Klausurenkurs II n. m. 5 y Klausurenkurs III n. m. 109.

Un mero **acto preparatorio** es aquel que **solo hace posible o facilita** la ejecución del hecho (planeada para un momento posterior), como, por ejemplo, la consecución del arma, arreglar un instrumento para el hecho, buscar o averiguar el lugar previsto para el hecho y llevar las herramientas para la comisión del hecho[40]. **856**

36 BGH wistra 08, 105, 106 con observaciones crít. *Kretschmer*, NStZ 08, 379; un adecuado panorama en *Rönnau*, JuS 13, 879.

37 Cfr. BGHSt 31, 178; 43, 177; BGH wistra 11, 224.

38 BGHSt 26, 201 (caso *Tankstellen*); BGH JR 00, 293 (caso *Entführung*); BGH StV 07, 187 (caso *Brandstiftung*) con observaciones crít. *Schuhr*; BGH NStZ 11, 517; 13, 156; OLG Hamburg, StV 13, 216; similar en el resultado LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 85; *el mismo*, Roxin-FS, p. 689, quien defiende una denominada "teoría modificada del acto intermedio".

39 Cfr. BGH StV 89, 526; véase también BGHSt 31, 10 (caso *Kassiber*); *Bosch*, Jura 11, 909; *Knauer*, JuS 02, 53; *Küper*, JZ 92, 338; *Meyer*, GA 2002, 367; *Rath*, JuS 98, 1107; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 126.

40 BGHSt 28, 162; 40, 208; BGH NJW 11, 1461.

857 La **tentativa** de un **homicidio** (§ 212) no existe recién al momento de disparar el arma de fuego, sino ya, por lo regular, al apuntar a la víctima[41]. Si la víctima se protege del autor que se halla armado, escondiéndose en la sala, puede existir[42] ya una disposición inmediata a la realización del plan homicida si se rompe violentamente la puerta de la casa. En caso de que el agente lleve a cabo un **acechamiento** con fines de homicidio o de robo, se sobrepasa el límite entre preparación y tentativa cuando la víctima que se espera (al menos, según la representación del acechador) se **acerca a la emboscada**, es decir, va a parar al ámbito de peligro inmediato, y el autor, mediante la toma del arma[43] o de cualquier otra forma, transforma[44] su **medio de agresión en una relación activa con el objeto de ataque**. Si el acto inmediato de homicidio planeado depende aún de la condición de que la víctima amenazada con el arma no quiera hablar con el autor, entonces, la tentativa de homicidio recién debe empezar[45] con la satisfacción de esa condición. Al ingresarse a la sala con voluntad incondicional de matar y con un conocimiento preciso del lugar, debería poder existir ya una tentativa de homicidio contra la víctima que duerme en otra habitación[46]. Una **intervención corporal sobre la víctima**, con el fin de que le cause la muerte posteriormente, fundamenta una tentativa cuando, de acuerdo con el plan del hecho, los actos individuales representan **partes inseparables del curso uniforme del suceso**; así, por ejemplo, al anestesiar a un niño para cortarle[47] las arterias tras la pérdida del conocimiento, o con la golpiza que debe superar la resistencia de la víctima para administrarle[48] una inyección de aire mortal. También el hecho de atar, amordazar y transportar a la esposa a la que seguidamente se matará podría ya representar una tentativa de homicidio[49]. Si existe un contexto espacial-circunstancial, entonces, no se opone a la tentativa del homicidio que la víctima deba[50] ser largamente torturada y morir recién algunos días después. En el caso de los **delitos a distancia**, esto es, en casos en los que el efecto del medio para cometer el hecho requiere aún un periodo prolongado (bomba de relojería), o cuando la producción del resultado se deja para un momento determinado (envenenamiento de una bebida que otro debe beber eventualmente), bastará para la afirmación de una tentativa de homicidio que el autor **ponga en marcha el curso causal que constituye el ataque inmediato y deje de tener en sus manos el curso ulterior del suceso**[51]. Por eso, en cuanto al resultado, en BGHSt 43, 177 (casos *Passauer Giftf*), se rechazó acertadamente la tentativa de un delito de homicidio, a pesar de que se había facilitado el

41 RGSt 77, 1; BGH NStZ 93, 133; véase también *Brüning*, ZJS 14, 456.
42 BGH NStZ 87, 20.
43 RGSt 68, 336 y 68, 339.
44 Cfr. BGH NJW 54, 567; NStZ 97, 83; va demasiado lejos BGH NJW 52, 514 (caso *Pfeffertüten*) con discusión *Fahl*, JA 97, 635.
45 BGH NStZ 14, 633.
46 Cfr. BGH NStZ-RR 98, 203.
47 RGSt 59, 157.
48 BGH NStZ 02, 475.
49 Dubitativo BGH NJW 02, 1057.
50 BGH NStZ 14, 447 con discusión a favor *Satzger*, Jura (JK) 15, 114; crít.; *Krehl* y *Schuhr*, HRRS 14, 402.
51 BGH StV 13, 632, 636 s.; *Frister*, Wolter-FS, p. 375, 383 y ss.; *Roxin*, JuS 79, 1; crít. respecto a este criterio *Herzberg/Putzke*, Szwarc-FS, p. 205; *Kaspar*, AT, n. m. 722.

veneno, en tanto la víctima no se había colocado en el "ámbito de influencia" de ese medio y el autor, que estaba inseguro acerca de la aparición de la víctima, en todo momento podía detener el curso del suceso[52]. Por el contrario, en un caso tal en el que el autor esté **seguro** de que la víctima hará su parte, tiene que considerarse una disposición inmediata para la tentativa ya con la disposición del veneno.

La tentativa del **hurto** (§ 242) está representada por todos aquellos actos que se disponen a atacar la posesión ajena y, desde un punto de vista espacio-temporal, deben conducir al final a la sustracción planeada; así, por ejemplo, al sacar el perro guardián para proceder inmediatamente después con la sustracción[53]; al pedir permiso para entrar en una casa alquilada para que, después de que se abra la puerta, se pueda distraer a la inquilina en la puerta, mientras que el coautor ingresa al domicilio sin ser advertido y sustrae joyas y objetos valiosos (v., respecto a los denominados *Klingelfällen*, también n. m. 866)[54]; al tocar la ropa de un viajero en el caso del hurto de un bolso[55]; al esconderse los productos que son ofrecidos para la venta en un estante ubicado fuera de un establecimiento, donde se vende productos para la construcción[56]; pero no ya cuando se consulta en la tienda de joyas, si recién se espera que el propietario esté distraído para hacer uso de un truco y proceder al hurto[57]. **858**

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 178.

En la **estafa** (§ 263) hay que considerar que, de acuerdo con la opinión dominante, la ejecución del acto engañoso solo fundamenta una disposición inmediata a la estafa cuando aquella está dirigida[58] directamente a la producción de una disposición errónea del patrimonio. La contratación de un seguro de vida con el plan fijo de hacerse estallar poco después en el marco de un atentado suicida, no representa aún un acto de tentativa[59]. **859**

En el **robo** (§ 249), la tentativa empieza ya con la disposición inmediata a los **actos de coacción** mencionados en el § 249, siempre que ellos posibiliten inmediatamente la sustracción planeada[60]. A la inversa, no basta la mera disposición a la sustracción cuando ello requiere el uso de violencia u otra condición (por ejemplo, escalar con posible dolo de robo o tapar la **860**

52 Al respecto, también BGH NStZ 98, 294; 01, 475, con observaciones, *Trüg*, JA 02, 102 y discusión *Engländer*, JuS 03, 330; *Böse*, JA 99, 342; *Gössel*, JR 98, 293; *Hoffmann*, JA 16, 194; *Kudlich*, JuS 98, 596; *Murmann*, Versuchsunrecht, p. 20; *Otto*, NStZ 98, 243; *Rosenau/Klöhn*, Jura 00, 427; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 212; *Streng*, Zipf-GS, p. 325; *Wolters*, NJW 98, 578.

53 RGSt 53, 217.

54 BGH HRRS 15 Nr 1149 con discusión *Bosch*, Jura (JK) 16, 326.

55 BGH MDR/D 58, 12.

56 LG Potsdam NStZ 07, 336 con observaciones crít. *T. Walter*, NStZ 08, 156.

57 BGH NStZ 01, 415; cfr. también KG NStZ-RR 13, 138 con discusión *Kudlich*, JA 13, 552.

58 Cfr. BGHSt 37, 294; BGH NStZ 11, 400 con discusión *Jäger*, JA 11, 390; OLG Hamm StV 12, 155; *Kühl*, Küper-FS, pp. 289 y 301; S/S/W-StGB-*Satzger*, § 263 n. m. 321; crítico *Küper*, JZ 92, 338.

59 BVerfGE 130, 1 (caso *Al Qaida*).

60 BGH NJW 80, 1759.

cámara de vigilancia de un banco en el día previo[61]). Esto se deriva de que el específico contenido de injusto del robo, en comparación con el hurto, se fundamenta de modo primario en el **acto de coacción**[62].

861 La tentativa del **perjurio** (§ 154) no empieza con la declaración falsa, sino ya con la disposición a prestar el juramento[63]. Sin embargo, en el **requerimiento** que se hace a un testigo para que declare falsamente en favor del acusado y en el acuerdo o en la promesa de una tal declaración falsa existe ya una tentativa de **frustración de la pena** (§ 258.I, IV)[64]. Según la opinión contraria, por lo regular, el límite entre preparación y tentativa se supera[65] recién con el inicio de la declaración falsa o, por lo menos, recién con la presentación del testigo en el tribunal[66].

862 La instalación de dispositivos que pueden leer las tarjetas en cajeros automáticos para que posteriormente se puedan **duplicar las tarjetas de pago** que poseen una función de garantía (por ejemplo, las tarjetas de crédito), procedimiento denominado *skimming*, no constituye aún una tentativa de falsificación de esas tarjetas de pago (§§ 152b.I, 22), porque aún son necesarios otros actos intermedios, como la comunicación de los archivos de datos al falsificador de las tarjetas y la producción de las tarjetas en blanco (sin embargo, v. también §§ 152a V en conexión con 149)[67].

863 Si el autor quiere cometer un delito, cuyos casos graves se han previsto en la ley como **ejemplos regulares** (por ejemplo, el § 243) y él empieza con la realización de uno de esos ejemplos regulares, entonces, la mayoría de las veces existe —aunque no obligatoriamente— **una disposición inmediata a la realización del tipo básico** (por ejemplo, el § 242)[68]. Por eso, usualmente existe una tentativa de hurto cuando el autor empieza[69] la irrupción en el lugar, el escalamiento, o se introduce o ingresa con ayuda de una llave falsa.

61 BGH NStZ 04, 38.
62 BGHSt 3, 297; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 126; *Kühl*, JuS 80, 509.
63 BGHSt 31, 178, 182.
64 Cfr. *Beulke*, con observaciones NStZ 82, 330.
65 BGHSt 31, 10; OLG Frankfurt/M. NStZ-RR 03, 238.
66 OLG Köln StV 03, 15.
67 BGHSt 56, 170 con discusión *Bachmann/Goeck*, JR 11, 425; BGH StV 12, 526 con observaciones *Saliger* y *Kudlich*, ZWH 11, 32; BGH NJW 14, 1463 con observaciones *Bosch*, JK 9/14, StGB § 152aI/4; *Schiemann*, JR 14, 303 (*Skimmingfälle*); cfr. también KG ZWH 12, 497 con discusión *Jahn*, JuS 12, 1135 (*Phishing*).
68 Más detalladamente, *Degener*, *Stree/Wessels*-FS, p. 305; *Wessels*, *Maurach*-FS, pp. 295 y 305.
69 Detalles respecto a la "tentativa de ejemplos regulares": BGHSt 33, 370; BayObLG JR 99, 36 con observaciones crít. *Wolters*; *Joecks*, St-K § 243 n. m. 49 ss.; MK-*Schmitz*, § 243 n. m. 85 y ss.; *Streng*, Puppe-FS, p. 1025; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 211 y ss.

Los **tipos cualificados genuinos** (como los §§ 124, 224, 244, 244a y 250) no fundamentan una extensión del ámbito de la tentativa derivado del tipo básico. A pesar de la satisfacción de un elemento cualificado (por ejemplo, en el hurto, según el § 244.I Nr 1a, el portar el arma), no se sobrepasa el umbral de la tentativa cuando se requiere aún de otro —nuevo— impulso de la voluntad para la producción del resultado previsto en la ley; así, por ejemplo, cuando los miembros armados de la banda irrumpen en un banco y, en principio, solo dejan allí las herramientas para, algunas horas después, al caer la oscuridad, regresar y romper la caja fuerte[70]. En cambio, para aceptar una tentativa, basta el inicio de un acto típico cualificado cuando, como conexión inmediata de este, debía seguir la realización del tipo básico. **864**

En cuanto a todos los esfuerzos para precisar los elementos de la tentativa previstos en el § 22, se tiene que ser claros en que no existe una fórmula mágica que provea en todos los casos concretos una delimitación indiscutible entre preparación y tentativa. Aquí tiene que repararse en que, de acuerdo con la voluntad manifiesta del legislador, la actual redacción del § 22 debía contrarrestar las tendencias de la antigua praxis, referida a una sobretensión de la punibilidad de la tentativa, de modo que, en caso de duda, tenga prioridad una interpretación restrictiva de la ley. **865**

Un ejemplo de esas dificultades de delimitación lo ofrecen los denominados **Klingelfälle**, en los que los autores que han planeado la comisión de un robo, una extorsión o un homicidio llaman en vano a una puerta ajena. Solo se considera una tentativa del delito correspondiente cuando los autores, que se hallan con las armas listas para disparar, esperan que los ocupantes que se encuentra ahí abran la puerta de la casa y, tras la apertura de la puerta, quieren pasar inmediatamente a atacarlos violentamente[71]. Por el contrario, llamar a la puerta de la casa solo ha sido considerado como un acto preparatorio cuando se ha planeado otro curso, es decir, cuando los autores no quieren, en todos los casos, iniciar el ataque inmediatamente tras la apertura de la puerta, sino que, más bien, o el ataque debe empezar posteriormente (por ejemplo, cuando en una casa donde viven varias familias, además de la apertura de la puerta de la casa, también se necesita el ingreso en el domicilio), o la ejecución de la acción tras la apertura de la puerta también se ha hecho depender de otras circunstancias (por ejemplo, de la identidad de quien abre la puerta)[72]. **866**

70 BGH NStZ 15, 207 con discusión a favor *Kudlich*, JA 15, 152; más profundamente, Matt/Renzikowski-*Heger*, § 22 n. m. 45; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 123; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 114 y ss.

71 BGHSt 26, 201 (caso *Tankstellen*); BGH NStZ 12, 85 con discusión *Kudlich*, JA 12, 310; más profundamente, *Rengier*, AT, § 34 n. m. 35 y ss.

72 BGH StV 84, 420; BGH NStZ 13, 579 con discusión en contra *Jäger*, JA 13, 949; OLG Hamm StV 97, 242; erróneamente BGH JR 00, 293 con observaciones en contra *Jäger*, NStZ 00, 415; dubitativo BGH NStZ-RR 04, 361 con crít. acertadamente *Kudlich*, JuS 05, 186.

867 En el **caso n.° 17a**, A es responsable de una **tentativa de incendio** (§§ 306.I Nr 1, 22, 23.I), puesto que su decisión al hecho estaba orientada a la consumación de ese tipo y el incendio del aparador representa una disposición inmediata a la realización del tipo. Además, A ha incurrido en una **tentativa de incendio grave** (§§ 306a I Nr 1, 22, 23.I), que desplaza[73] a la tentativa de incendio del § 306.I Nr 1 por la vía del concurso de leyes. La tentativa de destrucción de obras de construcción (§§ 305, 22, 23.I), que también existe, queda de lado[74] en relación con los §§ 306a I Nr 1, 22, 23.I.

868 Respecto a la estructura de la tentativa, en detalle v. n. m. 1203.

5. Antijuridicidad

869 Un indicio de la **antijuridicidad** del hecho intentado es (como en el delito consumado) su tipicidad, es decir, la satisfacción de las condiciones previstas en el § 22; ella decae cuando el hecho también hubiese estado cubierto[75] por una causa de justificación en caso de su consumación.

6. Casos especiales

870 **a)** Resulta problemático saber cuándo se sobrepasa el límite entre preparación y tentativa en casos de **coautoría.**

De acuerdo con la denominada **solución individual**[76], se requiere de una consideración separada: debe ser relevante el momento en el que el respectivo coautor sobrepasa el umbral del § 22 en relación con su aporte al hecho. Sin embargo, esta solución no se ajusta a la estructura de la coautoría: ella resulta muy amplia cuando, de acuerdo con el plan conjunto del hecho, un coautor solo debe actuar en la fase preparatoria (cfr. n. m. 764), pues, entonces, tendría que ser sancionado por tentativa cuando, a pesar de que ha prestado su contribución, el hecho ha quedado reducido al estadio preparatorio[77]. En otros casos, la solución individual resulta muy reducida: si un coautor ha llevado a cabo por completo su aporte en la fase de ejecución, otro, cuyo aporte recién debe realizarse después, no sería punible por tentativa, a pesar de que

73 BGH NJW 01, 765; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 961.
74 BGH NJW 54, 1335.
75 Acertadamente, al respecto, *Trifferer*, AT, p. 377; crít. sobre todo *Herzberg*, *Stree/Wessels*-FS, p. 203.
76 *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 297.
77 Cfr. BGH NStZ 81, 99.

el bien jurídico como consecuencia del desarrollo del suceso ya hubiera sido puesto concretamente en peligro.

Por eso parece ser preferible la denominada **solución global**[78], según la cual el límite entre actos preparatorios y tentativa se supera, **para todos los coautores**, cuando uno de ellos, en el marco de la decisión conjunta al hecho, se dispone inmediatamente a la realización del tipo legal (v., en ese sentido, también n. m. 767).

A favor de esa solución habla el hecho de que, por la vía de la cooperación consciente y querida, el coautor comete **conjuntamente un hecho**, cuya tentativa y consumación se ejecuta de un modo uniforme, porque a cada coautor se le imputa no solo su propio aporte, sino también lo que los otros intervinientes hacen con el fin de la realización del plan.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I, n.m. 380 y Klausurenkurs II, n.m. 238.

Se discute si en la **coautoría supuesta** es posible la afirmación de una tentativa inidónea (cfr. n. m. 880) y la imputación de un comportamiento ajeno en perjuicio de aquellos que, a pesar de creer en la existencia de un plan conjunto del hecho, no rebasan por sí mismos el límite entre preparación y tentativa. **871**

Ejemplo (según BGHSt 40, 299, caso *Münzhändler*): Z recomendó a A robar a M, quien se dedica al negocio de monedas. Supuestamente, este estaría de acuerdo con todo para defraudar a su aseguradora con el supuesto robo. Como consecuencia de ello, A roba a M. Pero en realidad M no conocía ese plan. Luego del robo, M informó a la aseguradora sobre los daños que se le habían ocasionado.

El BGH sancionó aquí por una tentativa de estafa cometida en coautoría (§§ 263, 22, 23.I, 25.II). Esto no es correcto. Es cierto que, de acuerdo con la **solución global**, para la imputación del aporte fáctico en el ámbito de la coautoría basta con la intervención de A en la fase de preparación. Pero, además, tiene que existir un **plan conjunto del hecho**, que falta en relación con A y M. Además, **M no se dispone inmediatamente a la tentativa de estafa**, puesto que el reporte de daños no representa para él un comportamiento típico que pueda ser imputado a A. Por el contrario, el BGH afirma la existencia de un hecho imputable, refiriéndose a la figura de la tentativa inidónea (cfr. n. m. 880 y s.): A se imaginaría que M sería coautor y que llevaría a cabo una acción de engaño por medio del reporte de daños. Precisamente, lo característico de la tentativa inidónea sería que la acción no podría conducir al resultado. Sin embargo, esta argumentación pasa por alto que, en la tentativa inidónea, el autor también tiene que haber empezado objetivamente con una acción de ejecución. Solo, entonces, existe una **disposición inmediata** en el sentido del § 22. Luego, A es autor individual y, dado que él por sí mismo no se ha dispuesto inmediatamente a la realización

78 BGHSt 36, 249, 250; 39, 236, 237 y s.; *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 10 n. m. 45; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 173; *Kasiske*, AT, n. m. 256; crítico *Küper*, Versuchsbeginn, p. 22, 69; referido a casos *Zopfs*, Jura 13, 1072, 1073 y s.

del § 263, no es punible por una tentativa de estafa[79]. Los problemas político-criminales de este resultado se han reducido como consecuencia de la reformulación del tipo de abuso de seguros (§ 265), puesto que este caso es abarcado ahora por aquel[80].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II n. m. 240.

872 **b)** En el caso de la **autoría mediata**, la fase de tentativa empieza, a más tardar, tan pronto como el **ejecutor del hecho** se dispone inmediatamente a efectuar la acción típica (como, por ejemplo, a la sustracción en el sentido del § 242 o a la acción homicida en el sentido del § 212). Antes de ese momento, una tentativa viene en consideración, como mucho, cuando el autor mediato **deja ir de sus manos** el suceso **que ha puesto en marcha**, de una forma tal que, según su representación del hecho, la agresión contra la víctima resultante debe desembocar en la realización del tipo sin otras fases intermedias esenciales y sin una prolongada interrupción dentro del marco del curso ulterior del suceso. Esto no solo vale para la buena fe, sino también para la mala fe del ejecutor que, dado el caso, se halle involucrado.

873 Lo dicho coincide con la posición actual de la opinión dominante[81]. La suposición, antiguamente difundida, de que dependería decisivamente de la buena o mala fe del ejecutor del hecho solo es defendida en la actualidad de un modo aislado[82]. Parcialmente, se orienta por el inicio o la culminación de la **actuación sobre el instrumento**[83], lo que si bien puede llevar, en el caso concreto, a resultados adecuados[84], sin embargo, por regla, no basta para la exigencia de inmediatez del § 22. De acuerdo con otra opinión, la tentativa del autor mediato siempre o, por lo general, empieza recién cuando el **ejecutor** se dispone, por su parte, a la ejecución del hecho y el hecho "global" (compuesto por las acciones del hombre de atrás y del

79 Igual en el resultado BGHSt 39, 236; más restringido también BGH NStZ 04, 110 acertadamente con crít. *Erb*, NStZ 95, 424; MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 22 n. m. 142; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 176; *Ingelfinger*, JZ 95, 704; *Joecks*, wistra 95, 59; *Krack*, NStZ 04, 697; *Kudlich*, JuS 02, 29; *Kühl*, AT, § 20 n. m. 123a; *Kühne*, NJW 95, 934; *Küpper/Mosbacher*, JuS 95, 488; *Mitsch*, *Kühl*-FS, p. 31; *Renzikowski*, JuS 13, 481, 486 y s.; *Rönnau*, JuS 14, 109, 111; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 310 y ss.; *Streng*, ZStW 109 [1997], 892; *Weißer/Kreß*, JA 04, 861; diferenciadamente *Graul*, JR 95, 427; *Joerden*, JZ 95, 735; *Weber*, Lenckner-FS, p. 435; *Zopfs*, Jura 96, 19; cfr. también *Globke/Hettinger*, *Kühl*-FS, p. 213.

80 Cfr. *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 661.

81 Cfr. BGHSt 30, 363; 40, 257, 268; BGH wistra 00, 378; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 153 y ss.; *Kasiske*, AT, n. m. 257 y s.; *Kraatz*, Jura 07, 534; *Rackow*, JA 03, 221; *Rönnau*, JuS 14, 109, 112; *Roxin*, AT II § 29 n. m. 230.

82 Al respecto, en especial S/S-*Eser/Bosch*, § 22 n. m. 54a.

83 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 29 n. m. 155; *Jakobs*, AT, 21/105; *Puppe*, AT, § 20 n. m. 28 y ss.; *la misma*, GA 2013, 514, 530 y ss.; *Zaczyk*, Krey-FS, p. 485 (en el fraude procesal).

84 BGH NStZ 86, 547.

instrumento) desemboca inmediatamente en la realización del tipo[85]. De acuerdo con ella (contrariamente a BGHSt 30, 363), se excluiría una tentativa del autor mediato, en tanto el ejecutor aún se halle dentro de la fase de preparación; lo mismo valdría si él se hubiera librado solo en apariencia a los propósitos del hombre de atrás (mientras que, según el BGHSt 30, 363, esto podría llevar a una tentativa inidónea del autor mediato). Sin embargo, también esta propuesta de delimitación, que traslada a la autoría mediata el modelo de la "solución global" desarrollada para la coautoría, no es satisfactoria, pues no considera suficientemente la peculiaridad de la autoría mediata. A diferencia de la coautoría, en la autoría mediata **falta** una comisión conjunta y una **decisión conjunta al hecho**. El suceso global que satisface el tipo legal no es, por lo regular, un hecho propio del ejecutor, sino del hombre de atrás. Que el comportamiento del instrumento se impute a este como un comportamiento propio y que el hombre de atrás cometa el hecho por medio de otro, no tiene como consecuencia obligatoria que el autor mediato no pueda superar la barrera de la tentativa antes que el ejecutor. Dado que el autor mediato organiza el ataque a la víctima y dirige el hecho global por medio de su "dominio de la voluntad", permite suponer, más bien, que en la delimitación entre preparación y tentativa hay que orientarse a **su propio comportamiento**. En ese sentido, el grado de desarrollo del "hecho global" y el aporte del ejecutor al hecho que aún falta prestar solo tienen relevancia para la cuestión sobre si, **desde la perspectiva del hombre de atrás**, ya **había surgido un peligro concreto para el bien jurídico protegido** y si, como consecuencia de ello, se satisface suficientemente la exigencia de inmediatez del § 22.

Ejemplo (según el BGHSt 30, 363): A quería matar al vendedor de joyas J por celos, pero cometiendo el hecho por medio de un tercero que no conocía su intención homicida. A logra persuadir a B y C de cometer un asalto contra J. Ambos tendrían que asaltar a J, suministrarle violentamente un narcótico y tomar las joyas. Con ese objetivo, A les entrega una botella de plástico con un líquido que supuestamente contiene un somnífero, pero que, en realidad, es ácido clorhídrico. Durante el camino, B y C abren por pura curiosidad la tapa rosca de la botella de plástico. Cuando les queda claro que se trata de un ácido altamente venenoso, renuncian al plan y se alejan del asalto que se había planificado. **874**

B y C estaban decididos aquí únicamente a la comisión conjunta de un robo agravado (§§ 249, 250.I Nr 1b, 25.II). Ellos aún no se habían dispuesto inmediatamente a ese robo agravado; de acuerdo con la opinión general, hallarse en camino hacia el lugar de los hechos pertenece aún a la fase preparatoria (cfr. n. m. 856). Si ellos ya se habían declarado preparados para la comisión del asalto (§ 30.II Var. 1), viene en beneficio suyo la causa de exención de la pena del § 31.I Nr 2.

Por el contrario, tiene que sancionarse a A por **tentativa de asesinato** en autoría mediata. El autor mediato (§ 25.I Alt. 2) se dispone a la realización del tipo del hecho punible que se ha planeado cuando él ha determinado al ejecutor a la realización del hecho y lo libera de su ámbito de influencia con la idea de que el efectuará la acción típica. A envió a B y C con el supuesto somnífero para asaltar inmediatamente a J, es decir, **dejó de tener en sus manos** el

85 *Krack*, ZStW 110 [1998], 611, 625 y ss.; *Krack/Schwarzer*, JuS 08, 140, 141; *Küper*, JZ 83, 361, 369; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 22 n. m. 9; *Rath*, JuS 99, 143.

curso posterior del suceso. De acuerdo con su representación, ya había ahí un ataque **inmediato** contra la vida y la salud de la víctima del hecho de una entidad tal que esta ya había sido puesta en peligro (concretamente) y el daño podía haberse producido inmediatamente. La circunstancia de que B y C no hayan ejecutado el hecho, o sea, que la tentativa de asesinato de A haya fracasado no elimina la punibilidad de este.

Aquí queda claro que el inicio de la tentativa se hace depender del **propio comportamiento del autor mediato** y que el comportamiento que se espera de ambos ejecutores solo puede ser integrada, bajo la perspectiva de la **vinculación temporal estrecha**, en el ámbito de la cuestión respecto a si, según la representación de A, el hecho debía ser ejecutado "como una conexión inmediata" a su abandono del ámbito de influencia.

875 Por el contrario, faltaría la **exigencia de inmediatez** del § 22, si el autor mediato abandonara ya el suceso en un momento en el que, desde su punto de vista, el ejecutor **aún** tendría que ejecutar otros actos preparatorios **esenciales** y, como consecuencia de esto, fuera incierto el momento en el que la puesta en peligro de la víctima alcanzaría un grado de agudeza. En tal caso, el límite entre preparación y tentativa para el autor mediato recién se supera cuando, tras la culminación de su preparación, el **ejecutor** se dispone inmediatamente a la ejecución del hecho[86].

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 194, Klausurenkurs II n. m. 115 y Klausurenkurs III n. m. 213.

876 **c)** Los **delitos calificados por el resultado** (v. n. m. 38) valen, según el § 11.II, como delitos dolosos siempre que la acción que pertenece al **delito básico** requiera dolo (por ejemplo, los §§ 221.II Nr 2, III, 226.I, 239.III Nr 2, IV, 251). Su **tentativa** es conceptualmente posible, pero no se puede explicar de un modo general, sino solo de la mano del correspondiente tipo penal, si y en qué medida queda espacio para una punibilidad de la tentativa.

Hay que distinguir entre los siguientes grupos de casos:

Delito básico / Resultado	Solo tentativa	consumado
Solo planeado (incl. dolus eventualis)	Tentativa de la cualificación por resultado	Tentativa de la cualificación por el resultado
producido	Tentativa cualificada por el resultado	Delito consumado

86 Igualmente, LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 162; similar MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, quienes se orientan al resultado de tentativa en el sentido de un peligro inmediato de realización del tipo; véase también BGHSt 40, 257, 269; sobre todo *Hillenkamp*, AT, p. 114.

aa) Se habla de una **tentativa de la cualificación por el resultado** cuando, en el marco de un delito base consumado o intentado, el autor ha abarcado en su dolo la consecuencia cualificadora, la cual, sin embargo, no se ha producido. 877

— Ampliamente reconocida es, en principio, aquella variante de la tentativa de la cualificación por el resultado en la que el autor **consuma el delito base**, pero en la que no se produce la consecuencia grave que él ha deseado o, por lo menos, asumido con dolo eventual en su representación[87].

— La punibilidad por tentativa de la cualificación por el resultado se afirma también, en general, cuando el **delito básico** permanece en la **fase de tentativa** y la consecuencia grave solo queda como deseada[88]. Sin embargo, de acuerdo con una opinión acertada aunque discutida, esto vale solo cuando la tentativa del delito base es de algún modo punible (o sea, especialmente, no en el caso del § 221.I, ni del § 238.I como delito base), puesto que el hecho de desear la consecuencia no tiene, por sí misma, un efecto fundamentador de la pena. Justamente, el § 18 hace depender[89] de un comportamiento básico punible el efecto agravante para la pena que proviene de la consecuencia especial.

Ejemplo (cfr. BGHSt 21, 194): A dispara contra la parte inferior del cuerpo de B, asumiendo que este perderá su fertilidad. Aquí solo puede aceptarse una tentativa de lesiones corporales graves (§§ 226.I Nr 1, 22, 23.I) tanto cuando A alcanza a B, aunque la lesión ocasionada por el disparo no produzca a B una incapacidad de procrear, así como también cuando A no acierte en su disparo contra B, pues, según el § 223.II, la tentativa de lesiones corporales leves también es punible.

bb) En líneas generales, se discute si y cuándo hay que sancionar una **tentativa cualificada por el resultado**. Con ella se piensa en constelaciones en las que el autor **produce** la consecuencia cualificadora mediante la **tentati-** 878

87 Cfr. BGH NStZ 01, 371 con observaciones *Baier*, JA 01, 751; LK-*Hillenkamp*, *Vor* § 22 n. m. 115; *Kühl*, AT, § 17a n. m. 33; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 319.

88 *Kudlich*, JA 09, 249; de otra opinión *Gössel/Maurach/Zipf*, AT/2, § 40 n. m. 164; *Maurach/Schroeder/Maiwald*, BT/1, § 9 n. m. 25.

89 Así también Coester-Waltjen-III-*Engelhart/Burchard*, pp. 56 y 58; B. *Heinrich*, AT, n. m. 691; *Krey/Esser*, AT, n. m. 1373; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 18 n. m. 9; aA LK-*Hillenkamp*, Vor § 22 n. m. 115; *Kühl*, AT, § 17a n. m. 37; LK-*Vogel*, § 18 n. m. 79.

va del delito básico (conminada con pena) y actúa de modo imprudente o con ligereza respecto de la **consecuencia especial**. Aquí se acepta parcialmente que el autor sería punible solo por la tentativa de un delito básico porque una tentativa sin dolo de la consecuencia grave contradiría el § 22 y el § 11.II no podría encubrir ese déficit por ausencia de una "realización" del tipo básico[90].

En la tentativa cualificada por el resultado, la **opinión dominante** distingue según la estructura del tipo penal: cuando el resultado cualificador está conectado con la **acción**, hay lugar para una tentativa cualificada por el resultado; así, por ejemplo, en el § 178[91] o en el § 251[92]. En el caso del § 227 es bastante discutido entre los defensores de la solución diferenciada si la *ratio* para la agravación de la pena tiene que derivarse de la peligrosidad de la acción o del resultado. En ese sentido, hay que partir, con la mayoría de la jurisprudencia y la literatura, que ya la acción de la lesión corporal abarca la peligrosidad especial que conduce típicamente al resultado de muerte, por ejemplo, mediante la influencia de una resistencia provocada de la víctima[93]. Por el contrario, solo se puede sancionar por la tentativa del delito básico cuando, según la concepción del tipo, la cualificación por el resultado se fundamenta en el **resultado** del delito básico (por ejemplo, § 313.II en conexión con el § 308.III)[94].

Ejemplo (según RGSt 69, 332): A quiere violar a X. Mediante una férrea resistencia X puede evitar que se le imponga la práctica de relaciones sexuales. Sin embargo, el uso de la fuerza por parte de A causa la muerte de X. Aquí existe una tentativa del § 178, puesto que, de acuerdo con la estructura del delito, la consecuencia especial (muerte de X) no siempre tiene que basarse forzosamente en una coacción sexual "exitosa" (consumada), sino que también

90 *Hardtung*, pp. 222 y 263; MK-*Hardtung*, § 18 n. m. 82 y § 227 n. m. 24, quien, sin embargo, quiere recurrir al marco penal del delito cualificado por el resultado (con una reducción, según el § 23.II); *Maurach/Gössel/Zipf-Gössel*, AT/2 § 40 n. m. 168; *Gössel*, ZIS 11, 386, 390; *Herzberg, Amelung*-FS, p. 159; crít. *Küper, Herzberg*-FS, p. 323.

91 RGSt 69, 332; LK-*Hörnle*, § 178 n. m. 14; MK-*Renzikowski*, § 176 n. m. 13.

92 BGHSt 42, 158; 46, 24, 28; BGH NStZ 01, 534.

93 BGHSt 48, 34 (caso *Gubener Verfolgung*) con observaciones en contra *Puppe*, JR 03, 123 y observaciones crít. *Kühl*, JZ 03, 637; crít. S/S/W-StGB-*Kudlich/Schuhr*, § 22 n. m. 73; *Laue*, JuS 03, 743; *Sowada*, Jura 03, 549; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 298, 301; BGH NStZ 08, 278 (caso *Fensterbrett*); véase también *Kahlo, Puppe*-FS, p. 581; de otra opinión MK-*Hardtung*, § 227 n. m. 25; LK-*Hillenkamp*, Vor § 22 n. m. 112; *Lackner/Kühl-Kühl*, § 227 n. m. 2.

94 *Günther*, Hirsch-FS, pp. 541, 552; *Hillenkamp*, AT, p. 122; *Kühl*, AT, § 17a n. m. 48; *Laubenthal*, JZ 87, 1065; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, p. 234 y ss.; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 328; *Sowada*, Jura 95, 644, 649; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 18 n. m. 9.

puede ser consecuencia de un comportamiento que hasta ese momento aún no haya producido el resultado deseado[95].

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs II n. m. 200, 202 Klausurenkurs III n. m. 399 y 631.

d) Sobre la tentativa del **delito de omisión**, v. n. m. 1042 y ss. **879**

III. Tentativa inidónea

Existe una **tentativa inidónea** cuando la ejecución de la decisión al hecho, contrariamente a la representación del autor, no puede llevar a la realización total del tipo objetivo del injusto por razones fácticas o jurídicas. Este es el caso de la inidoneidad del **sujeto**, del **objeto de la acción** o del **medio** no reconocida por el autor (discutido, cfr. n. m. 884). **880**

Así, por ejemplo, en caso de la comisión de un delito funcionarial propio por un autor que ignora la nulidad de su nombramiento o que supone erróneamente circunstancias que fundamentarían una **posición de garante**[96] (inidoneidad del **sujeto**); en caso de algún **error de tipo del autor que lo perjudica**, como en la tentativa de homicidio sobre un cadáver[97] o en una tentativa de hurto de una cosa que es de propiedad del autor[98] (inidoneidad del **objeto**); en caso de un intento de envenenamiento con un aliño inofensivo (inidoneidad del **medio**); así como la tentativa de aborto que realiza una mujer que no está embarazada, mediante pastillas contra el dolor de cabeza totalmente inofensivas[99] (inidoneidad del **objeto** y del **medio**).

En la actualidad, la punibilidad de la tentativa inidónea se halla ampliamente reconocida[100]. Ella surge del fundamento de la punibilidad de la tentativa (v. n. m. 843) y está presupuesta legalmente en los §§ 22, 23.III. **881**

Según el § 23.III, el juez puede prescindir de la pena o atenuarla, en virtud del § 49.II, cuando el autor no se haya percatado que su hecho "no podía llevar en absoluto a la consumación", debido a la inidoneidad del objeto o del medio, "por una grave falta de comprensión".

95 Sobre la estructura del examen: *v. Heintschel-Heinegg*, Prüfungstraining, n. m. 323; *Kudlich*, JuS 03, 32.

96 BGHSt 16, 155, 160; más profundamente *Mitsch*, Jura 14, 585, 586 y ss.

97 RGSt 1, 450.

98 MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 22 n. m. 68 y ss.; *Kindhäuser*, AT, § 30 n. m. 29; *Rengier*, AT, § 35 n. m. 24; de otra opinión, *Burkhardt*, GA 2013, 346; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 210 y ss.; *Hotz*, JuS 16, 221; NK-*Paeffgen*, Vor § 32 y ss. n. m. 256 y ss. (delito de bagatela).

99 RGSt 34, 217.

100 Cfr. solamente BGHSt 40, 299, 302; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 179; *Roxin*, Jung-FS, 829; en contra *Köhler*, AT, p. 458, 463; crít. Kaufmann/Renzikowski-*Renzikowski*, p. 309; NK-*Zaczyk*, § 22 n. m. 37; desde una perspectiva del derecho comparado, *Jung*, ZStW 117 [2005], 937; *Maiwald*, Loos-FS, p. 159.

Una **grave falta de comprensión** significa una **representación completamente errónea de las relaciones causales generalmente conocidas**, como, por ejemplo, suponer que se puede derribar un avión con una pistola de fogueo. El error en el que incurre el autor tiene que ser evidente para toda persona con un conocimiento de la experiencia promedio[101].

Según la opinión dominante, queda completamente **exenta de pena la tentativa supersticiosa**, a través de medios **irreales**, que escapan del dominio y del poder de disposición humanos (maldiciones, hechizos, etc.). En todo caso, es seguro que esta —a diferencia de la tentativa inidónea— no posee un efecto perturbador para la paz jurídica. Sin embargo, es problemático cómo se deja fundamentar dogmáticamente la ausencia de punibilidad. De modo predominante, se niega la necesaria decisión al hecho[102] o ya el dolo en relación con la imputabilidad objetiva del resultado del hecho[103]. Por el contrario, cada vez más autores afirman una punibilidad con base en el § 23.III StGB[104].

IV. Delito putativo

882 Hay que distinguir entre la **tentativa inidónea punible** y el **delito putativo no punible**[105].

En el caso de la tentativa inidónea, el autor considera la existencia de un elemento del tipo objetivo del injusto aunque, en la realidad, esto no es así; él se representa falsamente una situación que, de existir realmente, haría que su comportamiento satisficiera el tipo legal (**error de tipo al revés**)[106].

En el delito putativo, el autor asume erróneamente que su comportamiento, correcto desde la perspectiva de la realidad, caería bajo una norma de prohibición, la cual solo existe en su imaginación o es extendida en su perjuicio

101 BGHSt 41, 94; *B. Heinrich*, Jura 98, 393; LK-*Hillenkamp*, § 23 n. m. 46; *Radtke*, JuS 96, 878; exhaustivamente, *Bloy*, ZStW 113 [2001], 76; crít. *Mitsch*, ZIS 16, 352; *Struensee*, ZStW 102 [1990], 21; para una clasificación en la estructura del delito, *Seier/Gaude*, JuS 99, 456.

102 *Kindhäuser*, AT, § 30 n. m. 16; *Kretschmer*, JR 04, 444 (allí también respecto al caso inverso del error supersticioso); *Rengier*, AT, § 35 n. m. 13.

103 *Herzberg*, GA 2001, 257, 268 y s. (la evocación de poderes mágicos como riesgo permitido); *Kudlich*, JZ 04, 72, 77.

104 *Ellbogen, u.* Heintschel-Heinegg-FS, p. 125; *Fischer*, § 23 n. m. 10; *Satzger*, Jura 13, 1017, 1024 y ss., *Valerius*, JA 10, 113, 116; más profundamente, *Hillenkamp*, Schreiber-FS, p. 135.

105 Más detalladamente, sobre todo, *Burkhardt*, JZ 81, 681; *Heidingsfelder*, Der umgekehrte Subsumtionsirrtum, 1991; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 201; *Jescheck/Weigend*, AT, § 50.II; *Timpe*, ZStW 125 [2014], 755.

106 BGHSt 42, 268 con observaciones *Arzt*, JR 97, 469 und *Kudlich*, NStZ 97, 432; véase también *Jahn/Ebner*, JuS 08, 1086.

como consecuencia de una falsa interpretación (**error de prohibición al revés, error de subsunción al revés o error de punibilidad al revés**)[107].

En especial, estamos ante casos de un **delito putativo** cuando alguien: 883

a) supone que su comportamiento (por ejemplo, amor homosexual, divorcio, sodomía) infringiría preceptos penales que no existen en la realidad **(error de prohibición al revés)**;

b) considera que su comportamiento, justificado por la legítima defensa, es punible porque se equivoca en su perjuicio respecto de los límites de la legítima defensa, es decir, supone, por ejemplo, que la legítima defensa solo estaría permitida, por ejemplo, para la protección de la integridad o la vida, pero no para la de cosas valiosas **(error de permisión al revés)**;

c) en caso de un conocimiento total del suceso y del contenido significativo fáctico de todas las circunstancias del hecho, el agente ignora, como consecuencia de una interpretación errónea, una norma dirigida contra él y amplía su ámbito de aplicación en su perjuicio, es decir, por ejemplo, deriva de las circunstancias correctamente comprendidas un deber de esperar, en el sentido del § 142[108], que no existe o un deber de garante[109] **(error de subsunción al revés)**;

d) considera que su comportamiento es punible porque ignora completamente la existencia de una causa personal de exclusión de la pena de índole político-criminal que concurre a su favor, como, por ejemplo, del § 173.III en el incesto (**"error de punibilidad" puro al revés**).

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II n. m. 281.

En la doctrina, el **error respecto a la idoneidad del sujeto** en el ámbito de los delitos especiales es considerado aisladamente como un subcaso del delito putativo[110]. En líneas generales, esto no puede seguirse. 884

Existiría un **delito putativo** cuando un empleado civil de las fuerzas armadas se considera como un soldado, en el sentido del § 1 WStG, y cree que se hace culpable de deserción (§ 16 WStG) al ausentarse del servicio; o cuando el testigo, citado a declarar ante la policía, levanta la mano para prestar un juramento, creyendo equivocadamente (al desconocer los §§ 161a.I 3, 163 StPO) que se haría punible por perjurio, según el § 154, porque la poli-

107 Cfr., al respecto, BGHSt 14, 345; BGH JR 94, 510, con observaciones *Loos*; OLG Stuttgart NStZ-RR 01, 370; *Herzberg*, Schlüchter-GS, p. 189; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 180; *Puppe*, Lackner-FS, p. 199; *Rath*, JuS 99, 32; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 378; *Schmitz*, Jura 03, 593.

108 BGHSt 8, 263.

109 BGHSt 16, 155, 160.

110 HK-GS-*Ambos*, § 23 n. m. 11; *Jakobs*, AT, 25/43; NK-*Zaczyk*, § 22 n. m. 39; diferenciadamente, *Valerius*, JA 10, 113; más profundamente, *Krey/Esser*, AT, n. m. 1250.

cía se trataría —de acuerdo con una opinión discutible— de una institución competente para la toma de juramentos (errores sobre **cuestiones jurídicas**). Lo mismo vale para un acusado que cree que el juramento que se le ha tomado de un modo no permitido, respecto a unas declaraciones falsas, constituyen el delito de perjurio[111]. Sin embargo, una **tentativa inidónea punible** existiría cuando el autor considera erróneamente la existencia de circunstancias **reales** que, en caso de existir realmente, fundamentarían su "calidad de sujeto" (testigo con deber de declarar conforme a la verdad); así, por ejemplo, cuando el testigo interrogado en la etapa de investigación confunde al practicante que toma el juramento (lo que no está permitido) con el juez que tenía que tomar el juramento, según los §§ 161a.I 3, 162 StPO[112].

V. Desistimiento de la tentativa y arrepentimiento activo

885 En el **caso n.° 17a**, hay que determinar si y en qué medida A queda exento de sanción como consecuencia de haber apagado el incendio.

1. Fundamento jurídico de la no punibilidad

886 No será sancionado por tentativa quien renuncia voluntariamente a seguir ejecutando el hecho o impide su consumación (§ 24.I 1). Si el hecho no se consuma sin la intervención de quien se desiste, él quedará exento de pena si se esfuerza voluntaria y seriamente en impedir la consumación (§ 24.I 2).

887 El desistimiento voluntario neutraliza la punibilidad de la tentativa resultante, sin embargo, sin poder suprimir completamente el reproche de culpabilidad. Ese desistimiento no despliega ningún efecto disculpante, como supone una opinión minoritaria[113], sino que más bien constituye una **causa personal de exención de la pena**[114].

111 *Eisele*, JA 11, 667; LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 237.

112 BGHSt 1, 13, 16; S/S-*Lenckner/Bosch*, § 154 n. m. 15; además, véase *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 26 n. m. 30; S/S-*Eser/Bosch*, § 22 n. m. 76; Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel*, AT/2, § 40 n. m. 175; SK-*Rudolphi*, § 22 n. m. 26 y ss.

113 Cfr. SK-*Rudolphi*, § 24 n. m. 6; *Schumann*, Zum Standort des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau, 2006, p. 165; *Ulsenheimer*, Rücktritt, pp. 103 y 130.

114 BGH StV 82, 1; S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 4; diff. *Frister*, AT, 24. Cap. n. m. 6; más profundamente *Haas*, ZStW 123 [2011], 226.

No existe unanimidad respecto al **fundamento** en que se basa la regulación del § 24: una parte asume que la ley quiere "construir un puente de oro para la renuncia" del autor (**teoría político-criminal**[115]). Esto es correcto en el sentido de que con el reconocimiento del desistimiento voluntario se puede contrarrestar la consumación de delitos, y de que no debe negarse al autor el retorno a la legalidad bajo la consideración de que su punibilidad ya no podría cambiar[116]. En la mayor parte de los casos, el autor no pensará eso en el momento del hecho[117]. Por eso, más cercana a la realidad parece ser la opinión referida a que la ley **recompensa el mérito del desistimiento voluntariamente elegido**, concediendo una exención de pena, pues el retorno a la legalidad equilibra parcialmente, a través de la evitación del resultado, el **desvalor** de la tentativa y los efectos negativos que el autor ha causado en la conciencia jurídica de la generalidad, de modo que es posible negar la necesidad de pena (**teoría del mérito**[118]). **Con esta perspectiva también es compatible la opinión defendida por la teoría del fin de la pena**, en el sentido de que, en caso de que el desistimiento sea voluntario, no se requeriría una sanción de la tentativa ni por razones preventivo-generales ni preventivo-especiales[119]. La **jurisprudencia** ha asumido con bastante frecuencia que, con el cumplimiento de los requisitos del § 24, decaería la necesidad de pena porque la **voluntad criminal** de quien se desiste no habría sido lo suficientemente fuerte como la que se habría necesitado para la ejecución del hecho, y porque la **peligrosidad del autor**, manifestada en la tentativa, posteriormente habría resultado ser esencialmente menor. Una sanción de la tentativa sería, entonces, "innecesaria para apartar al autor de futuros hechos punibles, para intimidar a otros y restablecer el ordenamiento jurídico que se ha infringido"[120]. En ese sentido, algunas decisiones del BGH, que se refieren a la existencia de una "contribución contraria digna de considerar"[121], se acercan más a la teoría del merecimiento.

Mientras que las mencionadas teorías se orientan, en lo esencial, al fundamento de la protección del bien jurídico[122], una reciente teoría, que se denomina a sí misma como la **teoría del cumplimiento de la culpabilidad**, considera el sentido del § 24 en que la amenaza de pena que existe en la ley sucumbiría cuando el autor impide la consumación del hecho por medio de una contribución que le es imputable y, de esa forma, cumple con la "culpabilidad" que surgiría[123] para él en la forma de un **deber de reparación**. Las teorías del desistimiento que

115 RGSt 73, 52, 60; *Kudlich*, JuS 99, 241; *Puppe*, NStZ 84, 490.
116 Cfr. *Grünwald*, Welzel-FS, pp. 701, 709.
117 BGHSt 9, 48, 52.
118 *Bockelmann/Volk*, AT, p. 214; *Jescheck/Weigend*, AT, § 51.I 3; *Murmann*, Versuchsunrecht, p. 28.
119 *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 27 n. m. 8; *Otto*, GA 1967, 144; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 4; SK-*Rudolphi*, § 24 n. m. 4.
120 BGHSt 9, 48, 52; 14, 75, 80.
121 BGHSt 35, 90; BGH NStZ 86, 264.
122 *Berz*, p. 51.
123 MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 24 n. m. 12 y ss.; crít. *Rudolphi*, NStZ 89, 508.

defienden[124] el **principio de la inversión del peligro** o que ven el fundamento del precepto referido al desistimiento en la "contribución salvadora" que el autor ejecuta voluntariamente, se basan en ideas similares, por medio de las cuales el fundamento penal de la tentativa perdería vigor[125]. Finalmente, se halla ampliamente difundida una **combinación** de distintos planteamientos[126].

2. Desistimiento fracasado

888 Según el § 24.I, el desistimiento de la tentativa solo da lugar a una exención de la pena cuando **el hecho no se consuma**, es decir, cuando el tipo objetivo del injusto no se realiza completamente. Si, pese a los esfuerzos del autor en desistirse, se produce el resultado típico, entonces, solo es posible la aplicación del § 24.I, cuando tiene que **negarse** la **causalidad** (v. n. m. 217 y ss.) o la **imputación objetiva** (v. n. m. 246 y ss.)[127]. La última decae, por ejemplo, cuando la víctima que el autor había lesionado con ánimo homicida es transportada al hospital, pero el enfermero ebrio la deja caer, como consecuencia de lo cual aquella muere desnucada. Aquí, pese a la producción del resultado, es posible un desistimiento eximente de pena. Por el contrario, la imputación objetiva no se excluye solo porque los esfuerzos de desistimiento del autor solo son impedidos por el azar o por la intervención de terceros.

Aquí se discute cuáles son las consecuencias que produce un **error** del autor sobre los **efectos** respecto a su comportamiento desplegado hasta el momento. Como ejemplo clásico, sirve el caso en el que el autor no considera que la dosis de veneno suministrada al principio sea mortal y, por eso, cree erróneamente poder impedir la muerte no suministrando a la víctima más veneno. En el mejor de los casos, se considera parcialmente la posibilidad de una punibilidad por tentativa, puesto que, en el momento de la producción del resultado, no se presentaría[128] aquí un dolo de consumación. En el caso de una renuncia voluntaria a seguir ejecutando el hecho, debe venir en consideración, incluso, un desistimiento eximente de pena. Aquí habría aún lugar, en el mejor de los casos, para una punibilidad por la comisión imprudente del delito[129]. Otros solo consideran esta posición como correcta cuando

124 *Amelung*, ZStW 120 [2008], 205; *Jäger*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, p. 62 y ss.; *el mismo*, ZStW 112 [2000], 783.

125 *Heckler*, Die Ermittlung der beim Rücktritt vom Versuch erforderlichen Rücktrittsleistung, 2002, p. 124.

126 *Bülte*, ZStW 122 [2010], 550, 569; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 37.

127 SK-*Rudolphi*, § 24 n. m. 16, 28; más profundamente *Rohnfelder*, Probleme der Diskongruenz von Kausalverlauf und Vorsatz, 2012.

128 *Wolter*, ZStW 89 [1977], 647, 695; *el mismo*, Leferenz-FS, p. 545, 560 y ss.

129 *Frister*, AT, 24. Cap. n. m. 38; *Jakobs*, AT, 26/13; similar. *Herzberg*, Oehler-FS, pp. 163, 173.

el resultado típico aún no se hubiera producido en el momento de la renuncia al hecho; de otro modo, se requeriría una sanción por un hecho doloso consumado[130]. La opinión completamente dominante defiende acertadamente una punibilidad por un hecho doloso consumado[131]: en tales casos, no queda lugar para el § 24, pues la mera **voluntad de desistimiento** es **irrelevante** cuando se produce la **consumación del hecho** y la producción del resultado es objetivamente imputable, especialmente, cuando no se basa[132] en un curso causal atípico. Según el § 8, el autor debe tener el dolo de consumación solo en el momento de la acción y no hasta la producción del resultado.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 319.

3. La tentativa fracasada

889 De acuerdo con la acertada opinión dominante, el ámbito de aplicación del § 24 no comprende la **tentativa fracasada** porque, de acuerdo con el sentido y la finalidad del precepto, ya no hay lugar para un desistimiento eximente de pena cuando el autor ya no considera posible la consumación de su hecho[133].

890 Una tentativa es **fracasada** cuando las acciones llevadas a cabo con la finalidad de cometer el hecho no han alcanzado su objetivo y el autor ha considerado que el **resultado** típico no puede ser realizado **con los medios que tiene a su disposición**, ya sea de **manera absoluta** o, por lo menos, **no sin una cesura temporalmente relevante**[134]. En ese sentido, son especialmente frecuentes aquellos casos en los que **puede reconocerse que** la realización del tipo es **objetivamente imposible**; así, por ejemplo, cuando la caja de caudales que se ha roto con el fin de cometer un hurto se encuentra vacía, cuando falla el único disparo posible contra la víctima divisada desde una gran distancia o cuando el mecanismo de encendido del explosivo instalado en el lugar de los hechos no funciona al querer hacerlo detonar. Del mismo modo, hay que considerar un fracaso cuando, si bien la consumación del hecho es aún

130 *Gropp*, AT, § 9 n. m. 66.

131 S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 25a; *Küper*, ZStW 112 [2000], 1, 30 y ss.; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 24 n. m. 15; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 79; *Otto*, AT, § 19 n. m. 54.

132 Cfr., al respecto, también BGHSt 28, 346.

133 Más detalladamente, al respecto, *Heger*, StV 10, 320; *Kaspar*, AT, n. m. 771; *Kudlich*, JuS 99, 240, 242; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 77.

134 BGHSt 34, 53; BGH NStZ 08, 393 con discusión *Jäger*, Jura 09, 53; BGH NStZ 10, 690 (caso *Benzin*) con discusión *Jahn*, JuS 11, 78; BGH NStZ-RR 14, 9 con discusión *Hecker*, JuS 14, 461; BGH NStZ 14, 396 con discusión *Kudlich*, JA 14, 547; BGH NStZ 15, 26 (caso *Cessna*) con discusión *Bosch*, Jura (JK) 15, 312 y *Hecker*, JuS 15, 367; BGH NJW 15, 2898 con observaciones *Kudlich* y discusión *Jäger* JA 15, 874; BGH StV 15, 292 con discusión *Jäger*, JA 15, 549; BGH NStZ 16, 207.

objetivamente posible, sin embargo, el autor no conoce o no puede utilizar el medio que necesita para ello, debido a que no sabe cómo utilizarlo. Según la opinión dominante, también cuando **seguir actuando carece de sentido** lleva al fracaso de la tentativa; así, por ejemplo, cuanto quien quiere cometer un atentado vuelve a bajar la pistola que había levantado para disparar porque le queda claro que se ha confundido de persona[135], o cuando el ladrón que quiere hurtar una alta suma de dinero solo halla 30 euros en la caja y, por lo tanto, renuncia a llevárselos. Aquí se discute si la **imposibilidad jurídica del seguir actuando** también fundamenta un fracaso[136], por ejemplo, cuando el propietario regala al ladrón el bien que este tiene en la mira, sin que aquel se lo espere, o cuando la mujer que el autor quiere violar está dispuesta a tener relaciones sexuales consentidas. Claro está que aquí la posibilidad de un desistimiento no tendría que estar proscrita para el autor (v. también n. m. 915)[137]. Además, la jurisprudencia no tiene una opinión unánime respecto a la cuestión de si también los casos de **imposibilidad psíquica** pueden ser clasificados en la categoría de la tentativa fracasada —lo que realmente se puede suponer, dado que se orienta a la representación subjetiva del autor[138]— o si esta es una cuestión de la voluntariedad del desistimiento (v. n. m. 915)[139].

A diferencia del BGH y de la literatura dominante, algunos no consideran a la tentativa fracasada como un grupo de casos autónomo, el cual únicamente se podría deducir del fundamento jurídico, pero no del texto del § 24. Aquel sería más bien un subcaso del desistimiento **involuntario** de la tentativa[140]. A esto se tiene que oponer que no se puede **renunciar** a seguir ejecutando el hecho o no se puede **impedir** la consumación del hecho cuando, de todos modos, el hecho ya ha fracasado[141].

891 Si el hecho corresponde a un plan fijo, entonces, la tentativa fracasa cuando, según la representación que el autor tiene en el momento, el hecho ya

135 *Rengier*, AT, § 37 n. m. 23; de otra opinión B. *Heinrich*, AT, n. m. 777; más profundamente *Brand/Wostry*, GA 2008, 619.

136 En ese sentido, Matt/Renzikowski-*Heger*, § 24 n. m. 20; *Kühl*, AT, § 16 n. m. 14; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 89 y ss.

137 BGHSt 39, 244; diff. MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 24 n. m. 70.

138 Al respecto, por ejemplo LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 124.

139 Al respecto, por ejemplo BGH BeckRS 15, 11573 (caso *Panik*) con discusión crít. *Jäger*, JA 16, 232.

140 *Gössel*, GA 2012, 65; Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel*, AT/2, § 41 n. m. 36; *Putzke*, ZJS 13, 620, 621 y ss.; *Schroeder*, NStZ 09, 9; similar *Frister*, AT, 24. Cap. n. m. 20 y s.; *Wörner*, NStZ 10, 66; crít. también *Fahl*, GA 2014, 453, 454 y s.

141 *Jescheck/Weigend*, AT, § 51.II 6; S/S/W-StGB-*Kudlich/Schuhr*, § 24 n. m. 17; *Roxin*, NStZ 09, 319.

no se puede consumar en el lugar previsto conforme al plan, sino que más bien solo puede realizarlo exitosamente mediante la puesta en marcha de una nueva cadena causal, que da lugar a un retraso temporalmente relevante. Sin embargo, cuando solo fracasa la utilización del medio que al principio se tenía en mente, entonces, de acuerdo con la opinión dominante, la tentativa **no fracasa** si el autor sabe que puede volver al ataque o utilizar un medio que se halla a disposición en conexión inmediata al comportamiento que ha realizado hasta el momento. Por ejemplo, si fracasa la tentativa de golpear[142] a la víctima con una botella, de matar a alguien atropellándolo con un auto[143] o empujándolo desde el balcón[144], o de prender fuego[145] a alguien tras rociarle gasolina, realizadas según el plan, y el autor inmediatamente pasa a estrangular o matar de otro modo a la víctima sometida a su fuerza, entonces, según la **teoría de la valoración global**, actualmente predominante, el autor conservaría, en general, la posibilidad de renunciar a la tentativa de homicidio con un efecto eximente de pena si abandona voluntariamente el estrangulamiento que aún es posible e impide con ello la producción del resultado de muerte. Cuando se trata de un **suceso único** de esa clase, en la utilización del nuevo medio solo existe, aun cuando el autor no haya reparado en ello en la ideación preparatoria del hecho, el mantenimiento y la **continuación de la decisión original al hecho**, a cuya realización están dirigidos los medios utilizados sucesivamente, orientada a la producción del resultado típico[146]. Esto vale tanto para los delitos comisivos como para los delitos omisivos[147].

A un resultado distinto arriba la **teoría del acto único**, que pretende comprender por separado cada acto individual de ejecución que el autor considera al inicio del hecho como idóneo para el resultado y tratarlo como una tentativa fracasada autónoma[148] en caso de que

142 BGHSt 10, 129.

143 BGHSt 34, 53.

144 BGH NStZ 07, 399.

145 BGH NStZ 86, 264.

146 BGHSt 41, 368, 369; BGH NStZ 09, 688 con observaciones *Bosch*, JA 10, 70; BGH StV 13, 435, con discusión *Jäger*, JA 12, 79; BGH NStZ 14, 569 con observaciones *Nestler* y discusión *Hecker*, JuS 14, 1041.

147 BGH NJW 03, 1057 acertadamente con observaciones *Baier*, JA 03, 629; *Freund*, NStZ 04, 326; *Kudlich*, JR 03, 379.

148 *Jakobs*, AT, 26/15 y ss.; *Paeffgen*, Puppe-FS, p. 791, 809; *Timpe*, Ad legendum 14, 236, 239 ss.; *Ulsenheimer*, Rücktritt, p. 131 y ss., 240; *Bosch*, Jura 14, 395, 398 y s.; S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 21; *Herzberg*, NJW 89, 197.

falle. Esta opinión no es convincente porque separa un suceso unitario y limita demasiado las posibilidades de un desistimiento[149].

892 En el ámbito de la **teoría de la valoración global**, aún no ha sido suficientemente aclarado el *criterio* según el cual debe determinarse la "**unidad**" del suceso. En tal sentido, una parte de la jurisprudencia y de la doctrina se orienta por las reglas que son relevantes en el ámbito del concurso para la existencia de una **unidad de acción típica o natural** (cfr. n. m. 1063, 1070)[150]. De un modo menos claro, una parte de la jurisprudencia también se orienta a la **unidad del respectivo suceso vital**[151], siendo irrelevante aquí si en los actos de tentativa individuales el autor se sirve de medios de la misma o de diferente clase[152].

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 300 y 325; Klausurenkurs III n. m. 155.

4. Delimitación entre tentativa inacaba y tentativa acabada

893 En el caso del § 24.I 1, hay que distinguir entre tentativa **inacabada** y **acabada**. La diferenciación entre ambas formas se rige por la **representación del autor**[153]. Por lo tanto, aquella tiene una gran relevancia práctica porque, de acuerdo con el § 24.I 1 **Alt. 1**, en un hecho que aún no ha superado la fase de la tentativa **inacabada** el autor puede conseguir eximirse de la pena mediante el abandono de su decisión al hecho y simplemente dejando de actuar, mientras que, según el § 24.I 1 **Alt. 2**, en el caso de la tentativa **acabada**, tiene que desplegar una actividad que impida el resultado (o sea, llevar a cabo contramedidas) y cargar con el riesgo de evitar el resultado[154].

Una tentativa está **inacabada** cuando el autor cree no haber realizado aún todo lo que, de acuerdo con su representación del hecho, es necesario para la consumación.

Una tentativa está **acabada** cuando el autor cree haber realizado todo lo que, de acuerdo con su representación del hecho, es necesario o, por lo menos, suficiente para la producción del resultado típico.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 175.

149 *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 10 n. m. 80; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 96 y ss.; instructivo, *Murmann*, Versuchsunrecht, p. 39; *Perron/Bott/Gutfleisch*, Jura 06, 712; *Rengier*, JZ 86, 964; 88, 931; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 178; *el mismo*, Paeffgen-FS, p. 255; referido a casos: *Sobota/Kahl*, ZJS 15, 206.

150 BGH NStZ 01, 315; cfr. también *Jescheck/Weigend*, AT, § 51 II 3; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 199; *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB, 2006, p. 76 y ss.; *el mismo*, JuS 02, 250; crít. al respecto *Fahrenhorst*, Jura 87, 291.

151 BGHSt 34, 53, 57; 40, 75; respecto al caso: *Ruhs/Wendnagel*, Iurratio 14, 30 y s.

152 BGHSt 40, 75; BGH NStZ 86, 264; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 106; crít. *Freund*, AT, § 9 n. m. 31 y ss.; *Murmann*, Grundkurs, § 28 n. m. 122.

153 BGHSt 31, 170; 35, 90; BGH NStZ 15, 261; distinto *Borchert/Hellmann*, GA 1982, 429: delimitación objetiva.

154 Crít. *Frister*, AT, 24. Cap. n. m. 54 y s.

Se ha discutido mucho tiempo respecto a si la diferenciación entre ambas manifestaciones de la tentativa se orienta por las consideraciones que tiene el autor en el momento del **inicio del hecho** o, más bien, por la representación que posee al término del **último acto de ejecución.** 894

En principio, el BGH siguió la denominada **teoría del plan del hecho**, es decir, recurría a la representación que el autor poseía al **inicio del hecho**, cuando, según el plan del hecho, establecido de modo fijo, el autor solamente quería efectuar un único acto ejecutivo (v. gr., disparo, corte, etc.) y limitarse a usar un determinado medio para la producción del resultado típico. Si el acto planeado de esa forma era ejecutado, entonces, el BGH consideraba que se trataba de una tentativa terminada, aun cuando el autor hubiera reconocido ulteriormente la falta de idoneidad de su hacer[155]. Si, por el contrario, al inicio del hecho no existía un plan de ese tipo o debido a su ausencia había que partir del principio *in dubio pro reo*, entonces, la representación del autor tenía que corresponderse con el **término del último acto de ejecución.** Si el autor asumía que el comportamiento que había realizado hasta ese momento no bastaba para la producción del resultado deseado, entonces, la tentativa era inacabada, es decir, la exención de la pena se alcanzaba con el abandono de la decisión al hecho y con el no seguir actuando[156]. Por el contrario, la tentativa estaba acabada si el autor asumía haber hecho todo lo necesario o cuando, en caso de que tuviera dudas sobre la eficacia de su hacer, por lo menos, consideraba la posibilidad de que el resultado se produjera[157].

Entretanto, en todos los casos que vienen en consideración —en el ámbito de la teoría de la valoración global (v. n. m. 891)— el BGH ha pasado de la **perspectiva del plan del hecho** a la del denominado **horizonte de desistimiento corregido** tras el término del último acto ejecutivo. De acuerdo con esa jurisprudencia constante, la **culminación** de la tentativa puede darse sin tener en consideración la existencia de un plan del hecho ni su configuración, sino ya por la **posibilidad cercana de la producción del resultado** y por una **correspondiente conciencia del peligro** tras el término del último acto ejecutivo[158]. 895

Esta nueva jurisprudencia cercana al desistimiento ha hallado bastante acogida en la **doctrina**[159]. 896

155 BGHSt 22, 330.

156 BGHSt 10, 129 (caso *Flachmann*); BGHSt 22, 176 (caso *Rohrzangen*).

157 BGH NJW 80, 195; NStZ 81, 342 y 84, 116.

158 BGHSt 31, 170 con observaciones *Küper*, JZ 83, 264; BGHSt 33, 295 (caso *Schläfenschuss*); 35, 90 (caso *Nackenstich*); BGH NStZ 99, 299 y ss.; 02, 427; 03, 369 y 05, 331 (caso *Messerstich*); al respecto *Eisele*, JA 99, 922 y *Stuckenberg*, JA 99, 751; BGH NStZ 07, 91 (caso *Pumpgun*).

159 Cfr. entre otros *Bürger*, ZJS 15, 23; *Jescheck/Weigend*, AT, § 51.II 3; *Kühl*, AT, § 16 n. m. 33 y ss.; LK-*Liliel/Albrecht*, § 24 n. m. 141 y ss.; *Rengier*, JZ 88, 931; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 187; *el mismo*, Paeffgen-FS, p. 255; posiblemente también *Otto*, Jura 01, 341; crít. en

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 323 y Klausurenkurs III n. m. 173.

897 Todavía se discute respecto a los denominados *Denkzettelfälle*, en los que el objetivo de la acción al que se aspira primariamente (por ejemplo, dar una lección a la víctima infligiéndole cortes con un cuchillo, incapacitar a alguien para pelear cuando se pretende cometer un robo, o ahuyentar a alguien mediante disparos luego de que se ha cometido un robo) coincide con el dolo eventual respecto de un homicidio. Aquí la cuestión radica en saber si es posible un desistimiento eximente de pena respecto a una tentativa inacabada de homicidio con base en que el autor no sigue actuando, cuando este ha alcanzado su objetivo primario de la acción y sin que, desde su perspectiva, exista un peligro para la vida de la víctima. Una parte de la literatura, así como la antigua jurisprudencia excluyen un desistimiento en tales casos, cuando aquel que ha alcanzado el objetivo real de su acción ya no consigue renunciar porque, para él, seguir actuando no tendría sentido. En el sentido del § 24.I 1, solo se puede "renunciar" a la decisión a un hecho que no carezca ya de objeto respecto al fin que el autor se ha trazado[160]. Por el contrario, se reconoce parcialmente la posibilidad del desistimiento cuando el hecho ha sido ejecutado intencionalmente[161]. La concesión de un privilegio al autor doloso respecto de aquel que actúa con un *minus* en el ámbito del tipo subjetivo, reflejado en forma de un dolo eventual, parece ya de entrada sistemáticamente contradictorio[162], considerando la menor energía criminal desplegada por este último. Pero tampoco en el hecho cometido con dolo eventual es convincente la negativa a una posibilidad de desistimiento. De modo acertado, la Gran Sala para asuntos penales decidió, en BGHSt 39, 221, que también es posible un desistimiento eximente de pena respecto de una tentativa inacabada cuando el autor prescinde de llevar a cabo actos adicionales porque ha **alcanzado** el objetivo **extratípico de su acción**[163]. Un "hecho", en el sentido del § 24.I 1, es la acción típica incluyendo el resultado típico. Por consiguiente, la decisión de renunciar a seguir ejecutando el hecho se refiere únicamente a la realización de los elementos legales del tipo y a la producción del resultado típico. Aquella no necesita referirse a objetivos extratípicos, intenciones o motivos; el autor solo tiene que "renunciar" a aquello que está descrito en el tipo penal. Mantener abierta para él la posibilidad de un desistimiento resulta de interés para la protección de la víctima y sirve para la conservación del bien jurídico puesto en peligro con el inicio del hecho[164].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 333.

---

contra S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 18a; *Jäger*, NStZ 99, 608; un panorama en *Hillenkamp*, AT, p. 134.

160 BGH NStZ 90, 77; 91, 127; *Beckemper*, JA 03, 203; *Bock*, JuS 06, 606; *Jäger*, ZStW 112 [2000], 783; *Kudlich*, JuS 99, 353; *Lackner/Kühl-Kühl*, § 24 n. m. 12; *Morgenstern*, Jura 11, 146, 153; *Puppe*, JZ 93, 361; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 58; SK-*Rudolphi*, § 24 n. m. 14a, b; *Schall*, JuS 90, 623.

161 *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 74 y s.

162 SSW-StGB-*Kudlich/Schuhr*, § 24 n. m. 68.

163 Igualmente, BGH NStZ 09, 86 (caso *Samenerguss*); BGH NStZ 11, 90, con observaciones *Brüning*, ZJS 11, 93; BGH StV 14, 472; BGH NStZ 14, 450 con observaciones *Engländer* y discusión *Jäger*, JA 15, 149.

164 *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 701; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 189 y s.; *Schroth*, GA 1997, 151; *T. Walter/Schneider*, JA 08, 262, 264; crít. *Puppe*, ZIS 11, 524, 527 y s. a. *Bott*, Jura 08, 753.

Si se resume el punto de vista sobre la distinción entre tentativa inacabada y acabada con base en el **horizonte de desistimiento**, que se ha impuesto como opinión dominante en la jurisprudencia y en la doctrina, entonces, lo decisivo será esencialmente lo siguiente: 898

a) Si el autor renuncia a seguir ejecutando el hecho, sabiendo que aún no se ha producido el resultado típico que desea o que, según su representación, tenía que realizar para alcanzar un fin ulterior, y que **tampoco se producirá sin su actuación posterior**, pero sabiendo que, de seguir actuando, aún podría alcanzar su objetivo con el medio que se halla a su disposición, entonces, existe un desistimiento de una **tentativa inacabada** del correspondiente hecho punible. 899

Esto no cambia en nada si existía un plan del hecho definido concretamente y, en el inicio del hecho, el autor creía haber realizado con la acción propuesta todo lo necesario para la consumación del delito. Pues en la cuestión referida a si uno se halla frente una tentativa acabada o inacabada **no** es relevante el **plan que se tenía al inicio del hecho, sino la representación del autor luego del término de la última acción ejecutiva**[165]. Aunque en ese momento el autor considere posible la producción del resultado, si reconoce inmediatamente, es decir, en una **relación temporal y espacial estrecha**, que se ha equivocado, entonces, en el ámbito del "horizonte del desistimiento", únicamente será determinante la **representación corregida** con la consecuencia de que el autor, cuyas posibilidades de actuación subsistan invariablemente, pueda desistirse con efectos eximentes de pena, renunciando a realizar otros actos ejecutivos (**horizonte de desistimiento corregido**)[166].

b) Si, por el contrario, con la realización de su decisión al hecho el autor ha alcanzado una fase en la cual, desde su perspectiva, existe la **posibilidad cercana de la producción del resultado**, entonces, él ya no accede al privilegio del desistimiento, previsto en el § 24.I, simplemente dejando de actuar, sino solo si emprende **actos de salvación reales y opuestos** (§ 24.I 1 Alt. 2 o § 24.I 2), pues, en ese momento, su **tentativa está acabada**[167]. En un caso tal, el autor tampoco puede alegar no haber agotado completamente su plan original o no haber llevado a cabo otras posibilidades que prometían la producción del resultado para la realización de su plan; aquí lo únicamente 900

165 BGHSt 35, 90; BGH NStZ-RR 13, 273, 274.

166 BGHSt 36, 224; BGH NStZ 05, 150 con discusión *Valerius*, JA 05, 410; BGH NStZ 12, 688; crít. *Bosch*, Jura 14, 395, 401 y ss.; *Puppe*, JR 00, 72; más profundamente *Hoven*, JuS 13, 403; *Knörzer*, Fehlvorstellungen des Täters und deren "Korrektur" beim Rücktritt vom Versuch nach § 24 Abs. 1 StGB, 2008.

167 BGHSt 33, 295; BGH NStZ 93, 39.

decisivo es la **cercanía del resultado de la concreta situación de peligro** que él conoce[168]. Es irrelevante si el autor, además, quiere o admite el resultado en el momento mencionado, puesto que, en el ámbito del § 24.I, no se trata de la subsistencia del dolo típico ya asentado en el hecho[169].

Sin embargo, aquí también es posible pensar que queda espacio para afirmar una tentativa **inacabada** porque el autor ignora la real situación de peligro, ya que basándose en el comportamiento de la víctima gravemente lesionada concluye que no había que temer un desenlace fatal[170].

Por el contrario, existe una tentativa **acabada** cuando subsiste una posibilidad de actuar y, aunque, en principio, el autor no parte de la idoneidad de sus acciones para producir el resultado, sin embargo, en conexión inmediata, reconoce la posibilidad cercana de la producción del resultado típico. También a ese respecto rige la denominada **teoría del horizonte del desistimiento corregido** (v. n. m. 899), pero aquí en una constelación "inversa"[171].

901 Es problemática la distinción entre tentativa acabada e inacabada cuando, tras la conclusión del último acto ejecutivo, el autor no se hace —por ejemplo, por **indiferencia— ninguna representación** respecto a las consecuencias de su comportamiento. De acuerdo con la jurisprudencia constante, en estos casos tiene que investigarse, de la mano de una **consideración global de todas las circunstancias externas**, si el autor considera posible que el resultado se produciría sin tener que seguir actuando, lo que tiene como consecuencia que se tenga que partir de una tentativa acabada. Si los **indicios objetivos** no permiten una conclusión segura respecto a la actitud interna del autor, tiene que partirse de una tentativa inacabada con base en el *in dubio pro reo*. Las **acciones violentas graves** (frecuentemente realizadas con dolo eventual de homicidio) son valoradas usualmente por la jurisprudencia como indicio de que el autor también consideró la producción del resultado como posible sin la necesidad de seguir actuando y de que, por lo tanto, existe una **tentativa acabada**. Quien permanece indiferente no debe ser tratado de manera privilegiada en comparación con quien se comporta de un modo diligente[172].

5. El desistimiento de una tentativa inacabada

902 La punibilidad de una **tentativa inacabada** decae cuando el autor **renuncia** voluntariamente (cfr. n. m. 915) a **seguir ejecutando el hecho** (§ 24.I 1

168 BGHSt 31, 170; 33, 295.

169 BGHSt 31, 170, 177.

170 BGH StV 96, 23; NStZ 97, 593; dudosamente en contra, BGH JR 05, 382, con observaciones en contra y de modo acertado *Puppe* y *Scheinfeld*, NStZ 06, 375, 378.

171 BGH NStZ 10, 146; BGH NStZ-RR 12, 106 con discusión *Hecker*, JuS 12, 947.

172 BGHSt 40, 304 con observaciones crít. *Murmann*, JuS 96, 590; BGH NStZ 11, 209 con observaciones, *v. Heintschel-Heinegg*, JA 11, 551; BGH NStZ 14, 143 con observaciones *Nestler*; *Fischer*, § 24 n. m. 15; BGH NStZ 15, 509; crít. *Bosch*, Jura 14, 395, 400 y s.

Alt. 1). Lo mismo vale para la tentativa inacabada, siempre que el autor no haya reconocido la falta de idoneidad[173].

Renunciar al hecho significa ya no seguir con la realización de la decisión de llevar a cabo el tipo legal como consecuencia de una correspondiente "decisión contraria". Esto requiere que el autor aún se represente la posibilidad de realizar el tipo penal[174]. Aquí surge la cuestión respecto a si se requiere una renuncia **total y definitiva** al dolo típico. 903

En algunas decisiones al respecto, ello significa que solo podría desistirse de un modo eximente de pena quien renuncia "**en todo y definitivamente**" a la ejecución de su decisión criminal[175]. Sin embargo, esta fórmula es ambigua y, además, limita demasiado el desistimiento. Si bien la reserva interna de intentar nuevamente el hecho cuando se presente la oportunidad o de cometer otro hecho punible en su lugar, permite deducir la actitud hostil hacia el derecho que posee el autor, ello no impide, sin embargo, el desistimiento del **hecho concreto** ya iniciado[176].

Según la opinión contraria, ya el alejamiento de la **acción ejecutiva concreta** debe tener efectos eximentes de pena[177]. Esto va muy lejos, puesto que falta un retorno a la legalidad cuando el autor reemplaza inmediatamente después su acto ejecutivo original con otro comportamiento equivalente, por ejemplo, en lugar del "escalamiento" elige la vía de la "ruptura" (§§ 242, 243.I Nr 1) o en lugar de envenenar a su víctima, la estrangula.

En ese sentido, es preferible una opinión intermedia, que, en lo general, se conforma con el apartamiento del **hecho concreto** tal como este se caracteriza **en el marco del correspondiente tipo penal**, a través del objeto, de la real situación fáctica y del objetivo al que se aspira. Sin embargo, esta postura realiza una limitación: falta una "renuncia a seguir ejecutando el hecho" cuando el autor se reserva actos de continuación que, en caso de su realización, en el marco de la continuación de la realización del tipo legal, solo constituirían actos parciales independientes del hecho punible ya iniciado con anterioridad, es decir, con el cual representarían un suceso vital unitario[178].

También resulta problemático lo que hay que entender por "**hecho**". Según el BGHSt 33, 142, 144, el concepto del "hecho", en el § 24, queda cubierto 904

173 RGSt 68, 82.

174 BGHSt 22, 330; 39, 221, 228; *Hruschka*, JZ 69, 495.

175 BGHSt 7, 296; BGH NStZ 10, 384.

176 Así también BGHSt 33, 142, 145; 35, 184.

177 Cfr. *Blei*, AT, § 69.III 1; *Bloy*, JuS 86, 987.

178 Así también en lo esencial BGH NStZ 09, 501, con observaciones a favor *Hecker*, JuS 10, 79; véase también S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 40; *Kühl*, AT, § 16 n. m. 42; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 208; *Maurach/Gössel/Zipf-Gössel*, AT/2, § 41 n. m. 54; cfr., al respecto, también BGHSt 40, 75; MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 24 n. m. 97; *Hillenkamp*, AT, p. 128.

por el concepto de hecho antijurídico cometido dolosamente en el sentido de un **tipo penal jurídico material**[179]. De ello se sigue que aquel que se ha dispuesto a un robo seguido de muerte puede desistirse con efectos eximentes de pena respecto de la tentativa referida a la muerte si renuncia por sí mismo a matar a la víctima y se limita a sustraerle[180] objetos de valor mediante amenazas, en el sentido del § 249. Asimismo, quien, en principio, actúa con dolo de homicidio puede también desistirse[181] de la tentativa de homicidio luego de que ya se hayan producido lesiones corporales graves.

905 Si, luego de alcanzar la fase de tentativa, alguien renuncia voluntariamente a seguir realizando modalidades que suponen un tipo cualificado (como, por ejemplo, el § 244.I Nr 1 o el § 250.I Nr 1), entonces, en interés del bien jurídico protegido, también podría ser compatible con el fundamento del § 24 el reconocimiento de un **desistimiento parcial**. Esto viene en consideración, por ejemplo, cuando en un hurto o en una extorsión el autor se deshace a tiempo (según la opinión dominante, hasta la consumación del delito básico) del arma de fuego que portaba al inicio del hecho[182].

6. El desistimiento de la tentativa acabada

906 La **tentativa acabada** queda exenta de pena cuando el autor voluntariamente (cfr. n. m. 915) **impide la consumación del hecho** (§ 24.I 1 Alt. 2) o, en caso de que el hecho no pueda consumarse sin su ulterior intervención, se **esfuerce** de forma voluntaria y seria en **impedir la consumación** (§ 24.I 2). De acuerdo con la opinión dominante, para impedir la consumación basta con que el autor que ha decidido a desistirse ponga en marcha de modo consciente y querido un **nuevo curso causal** que, por lo menos, sea **cocausal** para la **exclusión de la consumación**. Que, junto a ello y por circunstancias independientes a su voluntad, otros contribuyan a la no consumación del hecho no debe oponerse a un desistimiento eximente de pena, así como tampoco la posibilidad de hacer algo distinto o algo más para impedir la consumación aún con una mayor seguridad[183]. Por eso, no es necesario que

179 Igualmente, BGHSt 39, 221, 230; *Günther*, Armin Kaufmann-GS, p. 541; *Vogel/Fad*, JuS 02, 786.

180 Cfr. ejemplo en BGHSt 33, 142, 144; *Scheinfeld*, Der Tatbegriff des § 24 StGB, 2006, p. 140; NK-*Zaczyk*, § 24 n. m. 51.

181 BGHSt 33, 142, 144; BGH NJW 01, 980; NK-*Zaczyk*, § 24 n. m. 51.

182 Cfr. BGHSt 51, 276, 279 con discusión *Streng*, JZ 07, 1089; véase también HK-GS-*Ambos*, § 24 n. m. 8; Matt/Renzikowski-*Heger*, § 24 n. m. 64 y s.; *Kaspar*, AT, n. m. 842; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 295; *Mitsch*, JA 14, 268; crít. *Blaue*, ZJS 15, 580; *Küper*, JZ 97, 229, 233; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 494.

183 BGHSt 33, 295, 301; BGH StV 99, 211.

el autor lleve a cabo la posibilidad **más óptima o más segura** para impedir el resultado[184]. Más bien, según la opinión dominante, solo es determinante que el autor renuncie definitivamente a su dolo del hecho y que elija una acción de salvamento que considere idónea para impedir la consumación del hecho[185]. En todo caso, hay que concederle razón a esta posición, con la condición de que el autor solo merezca una exención de pena cuando, a través de una "contribución opuesta", restablezca la confianza en la vigencia general de la norma que él ha afectado, oriente su comportamiento actual a impedir la producción inminente del resultado, y actúe de una forma tal que, en caso de que recurra a ayuda ajena, la evitación de la consumación del hecho, por lo menos, también se le pueda imputar como "su obra"[186]; en otras palabras: la consumación o no consumación no puede depender únicamente del azar[187].

Ejemplo (según BGH NJW 85, 813): A había iniciado un incendio en una habitación de la casa del matrimonio M, ausente en ese momento. Debido al remordimiento causado por saber que los niños dormían en casa, A llama al restaurante donde se encontraba el mencionado matrimonio y pide a la señora regresar a casa. La mujer del matrimonio M regresa inmediatamente a casa, pero, al llegar, se percató que el incendio ya había sido conjurado por los bomberos antes de que pudiera propagarse por el edificio (inexistencia de consumación, cfr. n. m. 850). Para asegurarse de que el incendio fuera descubierto a tiempo, A mismo había ido al lugar del incendio, donde fue encontrado por los bomberos. Pese a que en su llamada al restaurante, A no había dicho por qué la mujer M debía regresar a su casa y tampoco era seguro si la mujer M realizaría ese pedido, el BGH aceptó un desistimiento eximente de pena de una tentativa acabada de un incendio agravado a favor de A[188].

Si, por el contrario, el autor creía, desde su perspectiva, haber hecho todo lo posible para salvar a la víctima que envenenó llamando a un médico, pero se rehúsa a cooperar con él, realizando indicaciones confusas sobre la causa del peligro, a pesar de que ello era necesario

184 Sin embargo, a favor BGH NStZ 08, 329 (en caso de peligro para la vida humana); *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 27 n. m. 28; *Herzberg*, NJW 89, 862 (entre tanto, matizado en Kohlmann-FS, p. 644: "esfuerzo cuidadoso"); *Murmann*, Versuchsunrecht, p. 65; diferenciadamente *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 243 y ss. (contribución óptima solo en caso de evitación del resultado por medio de otro y no por propia mano); caso de ejemplo: *Haas*, Ad legendum 12, 124 y s.; *Ladiges/Glückert*, Jura 11, 552.

185 BGHSt 48, 147 con observaciones crít. *Jakobs*, JZ 03, 743 y *Puppe*, NStZ 03, 309; al respecto, también *Beckemper*, JA 03, 277; *Zwiehoff*, StV 03, 631; BGH JZ 05, 203 con observaciones *Rotsch/Sahan*; a favor en el resultado también Boss, Der halbherzige Rücktritt, 2002, p. 141; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 340.

186 Igualmente, *Engländer*, JuS 03, 641; *Jäglker*, Der Rücktritt vom Versuch als zurechenbare Gefährdungsumkehr, 1996, p. 93 y ss.; *el mismo*, Jura 09, 58; SK-*Rudolphi*, § 24 n. m. 27e.

187 *Böß*, JA 12, 355; *Zieschang*, GA 2003, 359.

188 Cfr. también BGH NStZ 99, 128; adicionalmente *Bloy*, JuS 87, 528; MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 24 n. m. 135.

para concluir exitosamente la acción salvadora, entonces, según BGH NStZ 89, 525, en caso de que se haya logrado salvar la vida, se excluye el desistimiento eximente de pena respecto de una tentativa de asesinato porque en el momento decisivo faltó una **voluntad salvadora subsistente**[189].

907 Si en una tentativa acabada fracasan los esfuerzos de desistimiento, entonces, el **riesgo de producción del resultado** y de la sanción por un hecho **consumado** también son **de cargo del autor** si sus esfuerzos por impedir el hecho fracasan solo por el infortunio, la intervención de terceros o por un caso de fuerza mayor. Únicamente es relevante que su hacer, que fundamenta la tentativa, continúe repercutiendo en el hecho consumado y que en el resultado concreto se realice precisamente el peligro que se ha originado o incrementado mediante su comportamiento anterior (cfr., al respecto, n. m. 251 y 888).

Ejemplo: B es víctima de la carta bomba elaborada con un material altamente explosivo enviada por A. Los esfuerzos voluntarios de A para impedir la entrega de la carta fracasan solo porque, cuando se dirigía al lugar donde se encontraba B, es atropellado por un auto y es llevado inconsciente a un hospital. En este caso, no es posible un desistimiento de una tentativa acabada eximente de pena (§ 24.I 1 Alt. 2). Más bien, tiene que sancionarse a A por un **hecho consumado** (§§ 212, 211 y 308). Es irrelevante que A, como consecuencia de su inconsciencia, haya sido incapaz de influir en el curso de los acontecimientos en el momento de la explosión. Aquí lo decisivo es que, **al ejecutar la acción**, A haya tenido el dominio del suceso y que haya abandonado el curso ulterior del suceso con el envío de la carta bomba. Su vano esfuerzo en recuperar el dominio del suceso no impide la **imputación del resultado**. No existe ninguna duda de que la muerte de B es "su obra".

908 La regulación del § 24.I 2 (impedir la consumación del hecho sin un hacer del autor) es significativa, ante todo, en la tentativa **inidónea** y en una tentativa **objetivamente fracasada** bajo la condición de que el autor **aún no haya reconocido** la ausencia de idoneidad o el fracaso de su tentativa[190]. Sin embargo, la regulación que allí se encuentra también favorece al autor si falta una consumación imputable del hecho punible, porque la producción del resultado concreto se basa en el desenvolvimiento completamente atípico e irregular del suceso causal.

Ejemplo: En el transcurso de una pelea, A asesta con dolo homicida una puñalada en el pecho de B. Cuando B cae inconsciente, A se arrepiente y quiere salvar la vida de B para lo cual llama a una ambulancia. La ambulancia recoge a B y lo conduce al hospital, pero en el camino es impactada por un camión porque L, su conductor, no prestó atención a la luz roja del semáforo. B muere en el accidente; si el accidente no hubiese sucedido, los médicos hubieran

189 Crít. *Herzberg*, JR 89, 449; *Rudolphi*, NStZ 89, 508, 514.
190 BGHSt 11, 324; BGH NStZ-RR 05, 70; instructivo *Noltensmeier/Henn*, JA 10, 269.

podido salvarle la vida. Si bien aquí no hay dudas respecto al nexo causal entre la puñalada asestada por A y la muerte de B, puesto que sin ella este no se hubiera encontrado en la ambulancia ni en el lugar del accidente, sin embargo, el concreto resultado de muerte no tiene que imputarse a A, sino a L, causante del accidente, como "su obra", pues el peligro de sufrir un accidente mortal vinculado a todo viaje en automóvil pertenece al riesgo general de la vida y no se incrementa con una puñalada. En la muerte de B por el accidente no se realiza el peligro creado por A, sino únicamente el que ha sido creado por L (§ 222). En consecuencia, no se podrá cargar a A de un homicidio **consumado**, sino solo de una **tentativa** del § 212, la cual, no obstante, queda exenta de pena en virtud del § 24.I, porque A, al menos, se ha **esforzado voluntaria y seriamente** en impedir la consumación del hecho (cfr. n. m. 919).

Existe un esfuerzo serio, como expresión de una inversión consciente y querida del suceso causal puesto en marcha, en el sentido del § 24.I 2, cuando el autor, desde su perspectiva, hace todo lo **necesario** e **idóneo** para evitar el resultado inminente. Él no debe conformarse[191] con medidas ostensiblemente insuficientes o, incluso, insensatas. Si se **encuentra en juego una vida humana**, entonces, tendrán que imponerse[192] exigencias más altas respecto a sus esfuerzos de salvación (aunque, en principio, tampoco en la tentativa acabada tiene que recurrirse siempre a la posibilidad más óptima o segura de evitación del resultado, n. m. 906). **909**

Cuando, por ejemplo, solo un rápido tratamiento en el hospital prometa una perspectiva de salvación, no bastará con colocar un vendaje a la víctima gravemente lesionada por un disparo o por una puñalada sin hacer algo más. Según el § 24.I 2, únicamente se merece una exención de pena aquel que también agota las posibilidades de salvación que, en el marco de lo exigible, conoce y se hallan a su disposición, y que hace uso de aquellos medios que, según su convencimiento, impedirán la producción del resultado y, con ello, la consumación del hecho de la mejor manera posible[193]. Si el autor deja en manos de la víctima gravemente lesionada o de terceros la puesta en marcha de medidas de salvación, entonces, no puede dejar espacio al azar, sino que, más bien, debe asegurarse por sí mismo que las medidas necesarias e idóneas para la evitación del resultado sean realmente llevadas a cabo[194].

7. El desistimiento en caso de varios intervinientes

De acuerdo con el § 24.II, no será sancionado por tentativa el **interviniente** que se desiste voluntariamente (autor o partícipe), **910**

191 *Maiwald*, Wolff-FS, p. 337 y ss.
192 BGH NStZ 12, 28.
193 BGHSt 31, 46; *Hoven*, JuS 13, 403, 405 y s.
194 BGHSt 33, 295, 302; BGH NStZ-RR 10, 276.

a) si (mediante la inocuización de su contribución al hecho o de otra forma) impide voluntariamente (cfr. n. m. 915) la **consumación del hecho**, en cuya tentativa ha intervenido, o

b) si se esfuerza voluntaria y seriamente en impedir la consumación, en caso de que el hecho (como, por ejemplo, en una tentativa inidónea) no se consume **sin su intervención** o se cometa **independientemente de su aporte al hecho realizado con anterioridad.**

911 Es decir, el § 24.II intensifica los requisitos del privilegio del desistimiento **cuando han intervenido varios individuos** en la tentativa del delito, pues también en el caso de la tentativa inacabada no basta el mero no seguir actuando con fines de desistimiento, más bien, para quien se desiste una exención de pena respecto de la tentativa solo viene en cuenta bajo la **condición adicional** de que el hecho se impida mediante la renuncia a seguir interviniendo o retirando la contribución que se ha prestado. La razón de esta **intensificación de los requisitos del desistimiento** es que el legislador considera que la tentativa realizada por varios intervinientes es más peligrosa que la tentativa de un autor individual y, además, que aquel quiere establecer una regulación del desistimiento que contrarreste lo más posible la consumación del hecho[195].

Por ejemplo, el cómplice que interviene en la tentativa de hurto no alcanza la exención de pena solo porque —al llegar al lugar de los hechos— hace que los otros intervinientes le regresen la llave del almacén que él ha falsificado. En virtud del § 24.II, su punibilidad por una tentativa de hurto solo desaparece cuando, al mismo tiempo, impide la consumación del hecho ya iniciado (§ 24.II 1) o cuando se **esfuerza voluntaria y seriamente en impedir la consumación**, influenciando en los cointervinientes, advirtiendo al afectado, llamando a la policía, etc., en caso "el hecho"[196] sea concluido independientemente de su aporte anterior; por ejemplo, si, tras la devolución de la llave, los cointervinientes presentes en el lugar de los hechos rompen sin vacilar la puerta del almacén y efectúan el hurto planificado (cfr. § 24 II 2).

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 184.

912 Del principio de accesoriedad de la participación (v. n. m. 793 y ss.) surge que una punibilidad por una tentativa solo viene en consideración para el partícipe cuando, aunque este haya prestado ya su contribución total al hecho, el autor haya alcanzado la fase de tentativa (v. n. m. 803). Correspondientemente, en este caso, no solo el autor, sino también el partícipe puede desistirse de la tentativa, de acuerdo con las reglas del § 24.II. Si aún no se ha realizado completamente el acto de participación o si este ha sido infructuoso (ejemplo: no se localiza a quien se va a instigar o este rechaza la solicitud), solo existe, entonces, una tentativa de participación, que no queda abarcada por el § 24.II, sino que solo resulta punible según las reglas del § 30 y que es pasible de desistimiento en virtud del § 31 (v. n. m. 802 y ss.).

195 Fundamental *Kölbel/Selter*, JA 12, 1.
196 Cfr. al respecto OLG Hamm StraFo 99, 29.

Una "evitación" del **hecho cometido por varios** también puede llevarse a cabo **mediante uno de los otros intervinientes del hecho**, con cuyo comportamiento el autor o partícipe se halla de acuerdo[197]. No es necesario que el comportamiento de quien se desiste haya sido causal, en el sentido de una real *conditio sine qua non*[198], para la evitación de la producción del resultado que el otro consigue. El interviniente en el hecho no tiene que realizar lo máximo posible (v. n, m. 906)[199]. También puede realizarse una evitación del hecho por medio de una **omisión a seguir cooperando** si, en la representación del interviniente, la consumación del hecho aparece como imposible sin su intervención[200]. Así, por ejemplo, en una tentativa de asesinato por envenenamiento ejecutada sucesivamente, si el **cómplice** que debe suministrar el veneno suspende ese suministro haciendo imposible para el autor principal la consumación del hecho. Igualmente, los **coautores** pueden desistirse de la tentativa de asesinato planeada si, tras realizar un disparo que no resulta peligroso para la vida, renuncian voluntariamente y por mutuo acuerdo a emplear los medios a su disposición para consumar el hecho[201]. **913**

De acuerdo con su texto, el § 24.II vale también para el **desistimiento del autor único**, en cuyo hecho participan instigadores o cómplices. Sin embargo, también se puede recurrir al § 24.I porque, en este caso, los requisitos del desistimiento también están comprendidas por los párr. 1 y 2[202]. En caso de una autoría paralela hay que recurrir al § 24.I[203].

El desistimiento en la **fase de actos preparatorios** tiene que tratarse de acuerdo con los principios generales de la imputación y de la participación, el § 24.II no rige en principio aquí. Quien ha coplaneado un hecho punible (por ejemplo, el asalto a un banco) y ya ha cooperado mediante algunas acciones (conseguir las armas o los vehículos para la fuga), no alcanza ninguna exención de pena solo con repudiar del plan conjunto y buscar persuadir a sus cómplices en la fase de preparación, si los restantes intervinientes ejecutan el hecho planeado sin él y aprovechan sus contribuciones. Es decir, aquel **914**

197 BGHSt 44, 204, 207 con observaciones *Schroeder*, JR 99, 297; *Kudlich*, JA 99, 624; *Müssig*, JR 01, 228; *Scheinfeld*, JuS 06, 397; véase también BGH StV 15, 561 con discusión *Ladiges*, JuS 16, 15; *Rotsch*, GA 2002, 165.

198 S/S/W-StGB-*Kudlich/Schuhr*, § 24 n. m. 58; de otra opinión *Rotsch*, GA 2002, 165.

199 BGH JZ 05, 203.

200 BGH StV 12, 16 con observaciones *Kudlich*, JA 11, 869; BGH StV 13, 435, 437; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 24 n. m. 25.

201 BGH NStZ 89, 317; cfr. también BGH NStZ 13, 521; BGH StV 14, 285; BGH BeckRS 14, 07977.

202 *Hoven*, JuS 13, 305, 308; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 24 n. m. 25; *Rotsch*, JuS 02, 892; para una aplicación exclusiva del § 24.I en cambio AnwK-StGB-*Brockhaus*, § 24 n. m. 56; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 69, 366; *Mitsch*, Baumann-FS, p. 89.

203 BGH NStZ 10, 690 (caso *Benzin*) a favor en cuanto al resultado, con discusión *Jahn*, JuS 11, 78.

que "quiere desistirse voluntariamente" tiene que deshacer completamente su contribución al hecho, si no su contribución prestada al hecho ya constituirá una causa imputable de la consumación del hecho principal, con la consecuencia de que él tendrá, por lo menos, que responsabilizarse como **cómplice del hecho consumado**[204]. Los mismos principios valen si el hecho principal se queda en la fase de tentativa. Quien "quiere desistirse" no es responsable de la tentativa, en tanto anule completamente su aporte al hecho. En principio, él puede ser sancionado por tentativa si su aporte al hecho aún tiene efectos. Sin embargo, en ese momento, tiene la posibilidad de conseguir la exención de pena por medio de una aplicación analógica del § 24.II, pues quien se ha desistido con anterioridad no puede quedar en una peor posición que aquel que recién trata de desistirse en la fase de tentativa[205].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 197.

8. La voluntariedad

915 En todas las variantes del desistimiento tratadas hasta ahora, la exención de pena solo es concedida cuando el autor se desiste **voluntariamente**. Anteriormente, en la mayoría de casos, se trataba de determinar la voluntariedad con ayuda de la **fórmula de Frank** (voluntariamente: no quiero incluso si pudiera; involuntariamente: no puedo incluso si quisiera)[206]. Actualmente, la voluntariedad se determina de modo predominante por referencia al **binomio conceptual de las razones heterónomas y autónomas**[207].

Por lo tanto, es **voluntario** el desistimiento si el autor no resulta obligado por la presencia de impedimentos, sino que, más bien, ello se origina en la propia decisión **autónoma** del autor. Como motivos de ello vienen en consideración, por ejemplo, el remordimiento, el arrepentimiento, la vergüenza, la compasión hacia la víctima, la conmoción psicológica y el miedo a la pena[208].

204 BGHSt 28, 346; BGH JR 00, 70; *Eisele*, ZStW 112 [2000], 745; *Graul*, Meurer-GS, p. 89; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 392; *Rengier*, JuS 10, 281; *Roxin*, AT II, § 30 n. m. 315 y ss.

205 SK-*Rudolphi*, § 24 n. m. 37; para una aplicación directa del § 24.II: LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 377; sobre todo *Angerer*, Rücktritt im Vorbereitungsstadium, 2003; S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 75 y ss.; Fad, Die Abstandnahme des Beteiligten von der Tat im Vorbereitungsstadium, 2005; *Mitsch*, Jakobs-FS, p. 443.

206 Cfr. *Frank*, StGB, § 46 observaciones II; desde la perspectiva actual, la fórmula caracteriza más bien una tentativa fracasada.

207 BGH NStZ 07, 399; *Hardtung/Putzke*, AT, n. m. 1243 y ss.; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 244 y ss.; *Safferling*, JuS 05, 138.

208 Cfr. BGHSt 7, 296; 21, 216; OLG Düsseldorf NJW 99, 2911.

El impulso hacia el desistimiento también puede provenir del exterior (por ejemplo, la persuasión por parte de la víctima); lo único decisivo es que, pese a esa influencia, el autor aún sea "**señor de sus decisiones**", es decir, que no se vea impedido de llevar a cabo[209] la consumación del tipo penal correspondiente, que le sigue pareciendo posible, por una situación obligatoria externa ni interna. No se excluye la voluntariedad si el autor se desiste en estado de incapacidad de culpabilidad[210].

De acuerdo con el fundamento del § 24, la concesión de una exención de pena para la tentativa se basa en el **merecimiento** del desistimiento (v. n. m. 887). Sin embargo, solo actúa merecidamente el autor cuando retorna al ordenamiento jurídico de un modo **voluntario**. Para la afirmación de la voluntariedad, la ley no exige un motivo que sea digno de aprobación, ni **tampoco un motivo éticamente valioso**[211]. Un criminal sexual que deja de utilizar la violencia contra su víctima porque esta le promete entregarse voluntariamente, puede desistirse con efectos eximentes de pena respecto a la tentativa de la **violación sexual** si renuncia de forma incondicional y definitiva a la posibilidad aún subsistente de forzar el coito[212]. Sin embargo, esto falta si él está decidido a utilizar la violencia y a coaccionar a la víctima indefensa que se declare dispuesta a tener relaciones sexuales en caso esta no cumpla inmediatamente (es decir, en la real situación) con su palabra[213].

Es involuntario un **desistimiento** cuando es motivado por una razón **hete-** **916**
rónoma, es decir, cuando impedimentos **independientes de la voluntad del autor** producen una inhibición insuperable en él, o cuando la situación cambia de un modo tan esencial en su perjuicio que él considera que los riesgos o desventajas aparejados a ella ya no son tolerables o no quiere asumirlos[214].

La voluntariedad del desistimiento puede quedar excluida por la representación del autor de que su hecho será descubierto o de que ya lo está y cuando, debido a la existencia de las personas que lo han descubierto, teme que la ulterior ejecución del plan le será impedida o que se dispondrá el inicio de medidas de persecución penal; lo determinante para esto son las circunstancias del caso concreto. En especial, resulta decisivo si para el autor fue relevante la clandestinidad del hecho o si, desde su perspectiva, el riesgo de descubrimiento, que para él es determinante, se ha incrementado de una manera notable[215]. No se desiste

209 BGHSt 35, 184; BGH NStZ 11, 688 con discusión *Hecker*, JuS 12, 82; BGH NStZ-RR 14, 9 con discusión, *v. Heintschel-Heinegg*, JA 14, 70; BGH StV 15, 687; StV 15, 688.

210 BGH NStZ-RR 99, 8; crít. NK-*Zaczyk*, § 24 n. m. 76.

211 BGHSt 35, 184; *Rengier*, AT, § 37 n. m. 98.

212 BGHSt 7, 296; BGH NStZ 88, 550.

213 BGHSt 39, 244 con observaciones *Strkleng*, NStZ 93, 582; más detalladamente al respecto *Bottke*, JZ 94, 71.

214 Cfr. BGHSt 20, 279; BGH NStZ 14, 202.

215 BGH NStZ 11, 454; BGH NStZ-RR 14, 171, 172 con discusión *Satzger*, Jura (JK) 15, 314; *Fischer*, § 24 n. m. 19a; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 24 n. m. 16; respecto al descubrimien-

voluntariamente[216] quien se aparta de la tentativa de una **violación sexual** porque, contra lo que espera, es reconocido por la víctima y, por esa razón, teme la pronta persecución penal.

No hay claridad respecto a qué representaciones deben llevar al autor al desistimiento, sin embargo, cualquier motivo imaginable que fundamente una falta de voluntariedad dará lugar a que el desistimiento tenga que ser considerado como **involuntario**. Por el contrario, si también queda lugar para un motivo que llevaría a la voluntariedad, vale el principio *in dubio pro reo*[217] y, con ello, la consideración del desistimiento como **voluntario**.

917 Una opinión minoritaria en la doctrina quiere —siguiendo a *Roxin*— realizar la delimitación entre voluntariedad e involuntariedad con base en la perspectiva de la **teoría del fin de la pena**, según los **criterios propios del razonamiento criminal**[218]. Sin embargo, con ello no se obtienen criterios suficientemente precisos[219].

La "teoría del estado de necesidad" defendida por *Herzberg* pretende recurrir al § 35 como baremo para la voluntariedad y, entonces, negar esta cuando el acto de desistimiento se sigue de la presión proveniente de un peligro tal como el exigido en el estado de necesidad disculpante[220]. Sin embargo, el recurso a este criterio parece arbitrario y restringe innecesariamente el desistimiento cuando la víctima es una persona cercana al autor.

Jäger[221] propone determinar la voluntariedad recurriendo a los principios de la autoría. Él constituye las categorías de la involuntariedad por coacción, inimputabilidad, error o pérdida del sentido de la acción. También *Amelung* se esfuerza en llevar a cabo una determinación negativa del concepto del desistimiento voluntario, el cual describe como la interrupción de la tentativa independiente de la coacción del derecho o de una fuerza coactiva equiparable, así como sin el efecto determinante de una reacción corporal o psicológica no dominable[222]. Los resultados de ambas se corresponden en gran parte con la solución que aquí se defiende.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs I n. m. 180.

918 En el **caso n.° 17a**, tras una tentativa **acabada**, A ha evitado el delito de resultado correspondiente a la consumación de los §§ 306.I Nr 1, 306a I Nr 1, apagando el fuego e impidiendo la propagación del incendio por la casa[223]. La "voluntariedad"

---

to mediante la misma víctima, cfr. BGHSt 24, 48.

216 BGHSt 9, 48 (caso *Lilo*); al respecto *Fahl*, JA 03, 757.

217 BGH StV 84, 329; NStZ-RR 03, 199.

218 *Roxin*, Heinitz-FS, p. 251; *el mismo*, AT II, § 30 n. m. 383 y ss.; véase también *Beckemper*, JA 03, 207; *Bitzilekis*, *Hassemer*-FS, p. 661; *Mylonopoulos*, I. Roxin-FS, p. 165; SK-*Rudolphi*, § 24 n. m. 25.

219 Más detalladamente Ulsenheimer, Rücktritt, p. 306.

220 Cfr. MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 24 n. m. 120 y ss.

221 *Jäger*, ZStW 112 [2000], 783.

222 *Amelung*, ZStW 120 [2008], 205, 244.

223 Véase, al respecto, también BGH StV 97, 519.

de este desistimiento no es impedida por el hecho de que su esposa F haya descubierto que el hecho constituye un hecho punible, pues A no podía temer que F iniciara medidas de persecución penal; por consiguiente, él seguía siendo "señor de sus decisiones". Por consiguiente, según el § 24.I 1 Alt. 2, decae la sanción de A respecto a la tentativa de incendio.

9. El efecto del desistimiento

Según el § 24, solo está exenta de pena la **tentativa como tal**. Si en la tentativa de un delito está contenida un hecho punible ya consumado, como, por ejemplo, una lesión corporal en una tentativa de homicidio o robo, entonces, ese hecho **consumado** sigue siendo punible a pesar del desistimiento (**tentativa cualificada**); esto rige tanto en caso de la unidad de ley como de la unidad del hecho[224]. En el caso del desistimiento de la tentativa de un delito **privilegiado**, su **efecto de bloqueo** puede obstaculizar el desistimiento del tipo general consumado, en tanto se haya perdido el **sentido** del respectivo **privilegio**. Esto viene en consideración, por ejemplo, en el desistimiento voluntario de la tentativa de un homicidio a petición (§§ 216, 22, 23.I). Si aquí subsisten lesiones graves (ceguera, parálisis, etc.), entonces, la *ratio legis* no permite recurrir al § 226 como delito, sino únicamente a los §§ 223, 224 como falta, no pudiendo sobrepasarse la pena máxima del § 216 (hasta cinco años)[225]. 919

En caso de desistimiento, no se vuelve a activar[226] el acuerdo del respectivo crimen, precedente a la tentativa, en el sentido del § 30. II (v. n. m. 808). Se discute si lo mismo vale, de modo general, para los delitos de peligro concreto[227].

En el **caso n.° 17a**, al encender el estante existen ya **daños materiales consumados** (§ 303), a lo cual se agrega, además, una **violación de domicilio**. Respecto a la relación concursal (= unidad de hecho en el sentido del § 52), cfr. n. m. 1083 y ss. En caso B recurra a una denuncia de instancia privada, tendrá que sancionarse a A por **violación de domicilio y daños materiales** (§§ 123, 303, 52). 920

224 BGHSt 7, 296, 300; 17, 1; 41, 10, 14; 42, 43.

225 BGHSt 24, 262, 266; véase también *Gerhold*, JuS 10, 113.

226 BGHSt 14, 378; BGH JR 00, 70.

227 Afirman ello, entre otros, *Jescheck/Weigend*, AT, § 51 VI 2; niega esto BGHSt 39, 128; LK-*Jähnke*, § 221 n. m. 26.

10. Desistimiento de una tentativa cualificada por el resultado

921 De acuerdo con la opinión dominante, en el caso de **delitos cualificados por el resultado** (v. n. m. 38 y 876) también es aún posible un desistimiento eximente de pena cuando la **grave consecuencia** descrita en la ley (como, por ejemplo, la consecuencia mortal en los §§ 227 y 251) ya ha sido provocada imprudente o temerariamente con la tentativa del delito básico[228].

Con el efectivo desistimiento de la tentativa del delito básico decae el punto de referencia necesario para la correspondiente cualificación, la cual pierde con ello su fundamento[229]. Aquí justamente tiene que repararse en que, en caso de desistimiento de una tentativa cualificada (v. n. m. 919), queda subsistente la punibilidad por un delito consumado contenido en la tentativa (por ejemplo, § 222 en caso de desistimiento de la tentativa del § 251).

11. El arrepentimiento activo

922 Si el delito se consuma, entonces, el § 24 (con excepción del § 24.II 2 Alt. 2) es inaplicable. Si bien algunos preceptos individuales como, por ejemplo, los §§ 139 IV 1, 264 V, 265a II 265b II, 306e II, 314a III, adelantan el momento de la consumación, sin embargo, también prevén la concesión de una exención de pena mediante el denominado **arrepentimiento activo**, en caso de que el hecho punible se hubiese consumado. En otros preceptos, por ejemplo, §§ 83a, 98.II, 142 IV, 261 IX 1, 306e I, se abre la posibilidad de que el juez pueda atenuar la pena o prescindir de ella.

En la literatura se defiende parcialmente una aplicación **analógica** de los preceptos especiales del arrepentimiento activo respecto de otros tipos penales, que, como sucede, por ejemplo, con los delitos empresariales, anticipan muy considerablemente la consumación[230].

228 BGHSt 42, 158 con discusión, GA 2000, 65; *Kudlich*, JA 09, 250; *Kühl*, AT, § 17a n. m. 56; LK-*Lilie/Albrecht*, § 24 n. m. 461; de otra opinión *Jäger*, NStZ 98, 161; *Streng*, Küper-FS, p. 629; *Wolters*, GA 2007, 65; NK-*Zaczyk*, § 24 n. m. 81; referido a casos: *Steck*, *StudZR* 13, 287, 298 y s.

229 Instructivo, al respecto, *Küper*, JZ 97, 229; *Lotz/Reschke*, Jura 12, 485; NK-*Paeffgen*, § 18 n. m. 131.

230 *Jescheck/Weigend*, AT, § 51 V 2; parcialmente, también S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 116; *Hillenkamp*, JuS 97, 829; *Ingelfinger*, JR 00, 225; *Köhler*, AT, p. 483; crít. *Brand/Wostry*, GA 2008, 617 y s.; *Krack*, NStZ 01, 505; *Lagodny*, p. 499; *Mitsch*, Jura 12, 529; SK-*Rudolphi/Stein*, § 11 n. m. 47; respecto a la regulación *de lege ferenda: Freund*, GA 2005, 331; respecto al arrepentimiento activo anticipado: *Oğlakcıoğlu/Kulhanek*, JR 14, 462; ejemplo respecto a la comprobación, de acuerdo con el examen universitario, en *Hinderer*, JuS 09, 625.

12. Indicaciones para la solución de casos

923

A manera de resumen, y con base en la perspectiva del autor, en el desistimiento hay que considerar los siguientes **aspectos**:	
(1) Que no haya una tentativa **fracasada**.	
(2) **Un** interviniente (§ 24 I).	o **varios** intervinientes (§ 24 II).
(3) **Stadium** der Tatbegehung	
– En caso de **un** interviniente: (a) tentativa **inacabada** (b) tentativa **acabada**	– En caso de **varios** intervinientes: (a) hecho **no consumado** o (b) hecho **consumado**
(4) **Comportamiento de desistimiento**	
– En caso de **un** interviniente: (a) en caso de una tentativa **inacabada: renuncia al hecho**, § 24 I. 1 Alt. 1 o (b) en caso de una tentativa **acabada: impedir la consumación**, § 24 I 1 Alt. 2 o **esfuerzos dirigidos a impedir la consumación**, § 24 I 2.	– En caso de **varios** intervinientes: (a) en caso de un hecho **no consumado: impedir la consumación**, § 24 II 1 o **esfuerzos dirigidos a impedir la consumación**, § 24. II 2 Alt. 1 o (b) en caso de un hecho **consumado: esfuerzos dirigidos a impedir la consumación**, § 24. II 2 Alt. 2.
(5) **Voluntariedad** del desistimiento.	

924

En el **caso n.° 17a**, A ha cometido una tentativa de incendio (§§ 306.I Nr 1, 22, 23 I) y una tentativa de incendio agravado (§§ 306a I Nr 1, 22, 23 I). De acuerdo con el § 24.I 1 Alt. 2, él se ha desistido de ambos con consecuencias eximentes de pena. Subsiste la punibilidad según los §§ 123, 303, 52 (v. n. m. 918 y 920).

En el **caso n.° 17b**, los delitos de incendio cometidos por A se consumaron porque el fuego ya se había propagado a la ventana como parte de la edificación[231].

Sin embargo, según el § 306e I, cuyos requisitos se cumplen aquí, se puede atenuar la pena o, incluso, se puede prescindir de ella (v. n. m. 922).

Jurisprudencia actual sobre el § 17:

— BVerfGE 103, 1 (caso *Al Qaida*): El hecho de contratar un seguro de vida con el plan de hacerse estallar pronto como parte de un atentado suicida, solo constituye un acto de preparación de una estafa y, por lo tanto, no es punible; cfr. n. m. 859.

231 Cfr. BGHSt 18, 363.

— BGHSt 56, 170; BGH NJW 14, 1463 (casos *Skimming*): La instalación de dispositivos de lectura de tarjetas en cajeros automáticos para luego fabricar duplicados (por ejemplo, tarjetas de crédito), aún no constituye una tentativa de falsificación de tales tarjetas de pago (§§ 152b I, 22, 23 I), pues todavía se requieren de otros actos intermedios. Por el contrario, si los datos de esas tarjetas de pago son leídos mediante un aparato conectado a un dispositivo de almacenamiento y luego transmitidos con el fin de que se fabriquen duplicados de las tarjetas, entonces, se ha sobrepasado el umbral de la tentativa; cfr. n. m. 862.

— BGH NStZ 14, 447: Si el autor lleva por la fuerza a una mujer con el objetivo de atarla y torturarla hasta la muerte durante los cinco días siguientes, entonces, el secuestro y las primeras lesiones corporales se hallan en una relación espacial y situacional tan estrecha respecto al homicidio que, a pesar de que se ha planeado un periodo más prolongado, tiene que afirmarse una puesta en peligro de un bien jurídico, la cual se convierte en la acción homicida sin actos intermedios adicionales. Por eso, existe una tentativa de homicidio; cfr. n. m. 857.

— BGH HRRS 15, Nr 1149 (*Wasserwerk-Methode*): A y B eran especialistas en realizar una determinada clase de hurtos, para lo cual A tocaba la puerta de gente vieja, haciéndose pasar como controlador de la empresa encargada del servicio de aguas, alegando querer hacer supuestas reparaciones en el apartamento, mientras B entraba furtivamente por la puerta que A había dejado abierta y hurtaba bienes valiosos. En el caso concreto, si bien H, quien tenía 74 años, abrió la puerta de la casa, no dejó entrar a su departamento a nadie. El BGH afirma una tentativa ya en el momento de la solicitud de ingreso, especialmente debido a la puesta en peligro del bien jurídico que se ha producido. Tampoco habrían sido necesarios otros pasos intermedios, pues la necesaria intervención de la víctima (dejar entrar a A en el apartamento para que B pudiera entrar furtivamente) ya habría sido una parte del acto de sustracción y la disposición inmediata tiene que abarcar precisamente aquellos actos que aún no cumplen ningún elemento del tipo; cfr. n. m. 858.

— BGH NStZ 15, 207 (caso *Tresorknacker*): A y B, miembros de una banda de ladrones, se introducen por la noche en un banco y preparan todo para detonar la caja fuerte. Luego de ello, van a comer para horas después poder forzar la caja fuerte con la ayuda de X, miembro de la banda, y con el uso de otras herramientas. Pero ya en el restaurante se produce la intervención de la policía. Aquí no existe aún una tentativa de hurto. Aunque A y B irrumpieron violentamente en el local de un negocio (§ 243.I oración 2 Nr 1) y, en ese sentido, realizaron una agravante elevada a elemento típico en el marco del hurto en banda agravado (§ 244a I); sin embargo, a pesar de la realización

de un elemento del tipo, la tentativa decae si el autor aún no se ha dispuesto a la infracción jurídica que realmente fundamenta la punibilidad. Aquí tiene que afirmarse esto. Para ejecutar la sustracción del dinero se habría necesitado aún un impulso adicional de la voluntad o serían necesarios aún otros pasos intermedios (retorno posterior al banco junto a X y con las otras herramientas, para recién realizar la ruptura de la caja fuerte); cfr. n. m. 864.

— BGH NJW 15, 2898 (caso *Marihuana*): A conduce su automóvil con una velocidad de 40 km/h contra B, quien camina por la acera, para poder sustraerle un paquete con 3 kilogramos de marihuana. A solo quisiera preferentemente tumbar a B, pero también considera como posible la muerte de B. En el último segundo, B se hace a un lado y el automóvil de A se estrella contra un árbol. Tras ello, A persigue a B a pie, le quita el paquete y huye. Aquí el BGH revocó la condena de A por tentativa de asesinato para cubrir un hecho punible (hacer posible un robo). El tribunal provincial habría tenido que comprobar, además, la concurrencia de un desistimiento eximente de pena referido a una tentativa de asesinato. Puesto que, en medio del forcejeo por hacerse del paquete de marihuana, A tenía aún otras posibilidades de matar a B que no utilizó, no existe, de acuerdo con la teoría de la valoración global, una tentativa fracasada; cfr. n. m. 890 y s.

— BGH NStZ 15, 26 (caso *Cessna*): A aprendía a volar, junto a su instructor de vuelo F, en una avioneta tipo Cessna, equipada con dos motores y con dos mandos. Durante su segunda hora de vuelo, A quiere suicidarse haciendo estrellar la avioneta. Para ello, quiere quitarse de encima a F y arrastrarlo a la muerte. A llevaba consigo 1 100 gramos de amatistas y un cuchillo de cocina de 21 centímetros de largo. Tras alcanzar una altura de vuelo de 900 metros, A trata de golpear con las amatistas a F para dejarlo inconsciente; al ver que esto fracasa, trata de estrujar con sus manos los ojos de F, pero, al ser esto imposible, trata de activar el mando de la avioneta para acelerar la pérdida de altura que, para entonces, ya se había producido. Cuando, a pesar de todo ello, F logró elevar nuevamente el avión, A simplemente se apartó apáticamente. F logra llevar a cabo un aterrizaje de emergencia, como consecuencia del cual el avión se precipita y se destruye. F y A sobreviven. Con base en la teoría de la valoración global, aquí no tiene que partirse de una tentativa fracasada de homicidio o asesinato en perjuicio de F. Si bien, por razones objetivas, A no puede efectuar el plan que había elaborado en un principio, sin embargo, de acuerdo con su representación, en el curso inmediato de la acción, él tenía a su disposición otras posibilidades alternativas para la realización del tipo (por ejemplo, acuchillar a F, con el cuchillo que había llevado). La tentativa de homicidio aún era inacabada (teoría del horizonte del desistimiento corregido) y A puede desistirse de un modo eximente de pena por medio de su renuncia a seguir actuando. La punibilidad por los delitos ya consumados (en especial,

los §§ 223 y ss., 303, 316c) queda intacta (tentativa cualificada); cfr. n. m. 899, 919.

— BGH StV 14, 472 (caso *Denkzettel*): Los rockeros del grupo "Black Jackets" de Stuttgart atacan al grupo rival "La Fraternidad" en el patio de una escuela. Ellos querían demostrar su superioridad usando porras y empleando una gran dosis de violencia. Durante la pelea, A golpea a N, un miembro de "La Fraternidad", con dolo eventual de homicidio. Al hallarse N gravemente herido en el suelo, A lo perdona, pues todos los miembros de los "Black Jackets" se retiran al considerar que con las lesiones causadas y la humillación ya han cumplido su objetivo de demostrar su poder. Aun cuando el haber alcanzado un objetivo extratípico de la acción (aquí la humillación de "La Fraternidad") tiene como consecuencia que el seguir actuando sea "carente de sentido", es posible "renunciar" a seguir ejecutando el hecho y, con ello, puede aceptarse el desistimiento de una tentativa de homicidio, según el § 24.I 1 Alt. 1; cfr. n. m. 897.

Parte III

El delito de comisión imprudente

§ 18. Forma y estructura del hecho punible imprudente

Caso n.º 18

a) A, quien conduce un automóvil, atraviesa un lugar cerrado con una velocidad aproximada de 30 km/h. J, un niño de nueve años de edad, quien jugando se había escondido detrás de una segadora y quería correr al otro lado de la calle, aparece súbitamente delante del auto. A, quien se hallaba atento frena inmediatamente, pero no puede impedir que J sea atropellado ni que sea lesionado mortalmente. ¿Es A culpable de un homicidio imprudente? (**n. m. 934, 938, 949 y 979**). 925

b) ¿Cómo quedaría la misma situación si la velocidad permitida de 50 km/h hubiera sido excedida por A en 10 km/h? (**n. m. 960 y 979**).

c) ¿Cómo tendría que valorarse el comportamiento de A si J hubiese formado parte de un grupo de niños que jugaba a ambos lados de la calle y que era claramente visible? (**n. m. 960 y 979**).

d) A no excede la velocidad máxima permitida de 50 km/h. Inmediatamente después del accidente se le extrae sangre. Un dictamen pericial determina que al momento de conducir tenía un nivel de concentración de alcohol en la sangre ascendente a 1.1 % y, por eso, era capaz de conducir. Aunque en estado de sobriedad y a una velocidad de 50 km/h, A no hubiera podido impedir los hechos, sin embargo, el accidente no hubiese ocurrido si con el grado de ebriedad que A tenía hubiese conducido a una velocidad de 20 km/h. ¿Cómo hay que valorar jurídico-penalmente el comportamiento de A a la luz de ese dictamen? (**n. m. 960 y 979**).

I. Concepto y formas de manifestación de la imprudencia

1. La autonomía estructural del hecho imprudente

El fundamento de todo delito es un **comportamiento humano socialmente relevante**; esto vale tanto para los delitos dolosos como para los delitos im- 926

prudentes (v. n. m. 124 y ss.). Sin embargo, mientras que al hecho doloso corresponde una voluntad de realización del tipo con el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo (v. n. m. 306), lo característico del hecho imprudente es la realización **no querida** del tipo legal, es decir, **por una negligencia contraria al deber de cuidado requerido en las relaciones** (respecto a la forma, n. m. 1204, 1206).

927 **a)** De acuerdo con la opinión dominante, la imprudencia no es una mera "forma de culpabilidad", sino un **prototipo especial** del comportamiento punible, el cual reúne[1] en sí **elementos del injusto y de la culpabilidad.** Actúa imprudentemente quien incurre en una infracción objetiva del deber que podía evitar de acuerdo con sus conocimientos subjetivos y capacidades, siempre que sea precisamente la infracción del deber la que haya causado[2] objetivamente y de un modo subjetivamente previsible el resultado típico.

La **teoría causal de la acción** (v. n. m. 130) restringía el contenido de injusto del hecho imprudente a la "causación" del resultado socialmente dañoso; la imprudencia misma era comprendida como una forma de la culpabilidad. Posteriormente, en el ámbito de la culpabilidad se distinguió entre el incumplimiento del cuidado objetivamente exigible y el cuidado posible para el autor[3]. Las **teorías más recientes** trasladaron ese "**doble nivel**" de la constatación de la imprudencia al ámbito (objetivo) de la **antijuridicidad** y al ámbito (subjetivo) de la *culpabilidad*[4]. Entretanto, se ha impuesto la opinión de que la desatención del cuidado debido pertenece al **tipo** de los delitos imprudentes y que estos poseen una **estructura autónoma**[5].

928 Al igual que el "dolo" (v. n. m. 200), la "imprudencia" tiene una **naturaleza doble**, como **forma de comportamiento** y como **forma de culpabilidad**, lo que es considerado en parte por la jurisprudencia penal y la civil[6].

Cuando en la valoración de un suceso se niega un comportamiento doloso, esto no lleva automáticamente a la afirmación de una imprudencia; más bien habrá que constatar de forma

1 BGHSt 4, 340, 341; *Roxin*, AT I, § 24 n. m. 54; para un panorama: *Kaspar*, JuS 12, 16; 112.
2 BGHSt 49, 1; 49, 166, 174 (caso *Sado-Maso*).
3 *Frank*, StGB, § 59 VIII 4; *Mezger*, Lb § 46 III.
4 *Henkel*, Mezger-FS, p. 249, 282.
5 Burgstaller, p. 26; *Jescheck/Weigend*, AT, § 54 I 3, 4; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 110 y ss.
6 BGHSt 20, 315, 320; BGHZ 24, 26.

independiente los requisitos de la imprudencia. Si no se puede demostrar que el autor actuó dolosamente, sin embargo, puede ser condenado[7] por el tipo imprudente correspondiente, en caso de que pueda comprobarse un comportamiento imprudente.

b) Dado que el concepto de la imprudencia describe tanto una forma de comportamiento como de culpabilidad, es necesaria una constatación de **dos niveles**: en el marco del **tipo de injusto** tiene que constatarse **la inobservancia del deber de cuidado objetivamente necesario**; mientras que en el ámbito de la **culpabilidad** habrá que constatar si el autor era capaz de satisfacer las exigencias objetivas de cuidado, de acuerdo con la **medida de sus posibilidades individuales**[8]. **929**

En la literatura se defiende parcialmente un concepto de imprudencia de un *único nivel*, en el que la capacidad individual del autor de llevar a cabo una previsibilidad cuidadosa y una evitabilidad del resultado es asignada a un "tipo subjetivo"[9]. Correspondientemente —de forma paralela al delito doloso (v. n. m. 188 y ss.)—, la constatación de todos los elementos objetivos y subjetivos del comportamiento imprudente se realiza en el ámbito del tipo. En consecuencia, para la culpabilidad de la imprudencia queda solo la constatación de la exigibilidad de otro comportamiento, así como otros elementos de la culpabilidad (por ejemplo, la imputabilidad y las causas de exculpación).

c) Debido a su peculiaridad, en los delitos imprudentes no existe "tentativa" ni "participación". **930**

Dado que en un comportamiento imprudente falta el conocimiento o la voluntad de realización, no puede constituir nunca una "decisión al hecho" exigida por el § 22. Según la opinión dominante, la intervención en un hecho imprudente solo es posible en la forma de la **autoría paralela** o (en caso del aprovechamiento doloso del comportamiento imprudente de

7 RGSt 59, 83; BGHSt 17, 210; BGH StV 15, 634; *Roxin*, AT I, § 24 n. m. 79.

8 Véase MK-*Hardtung*, § 222 n. m. 10, 65; *Hirsch*, Lampe-FS, p. 515; SK-*Hoyer*, similar a § 16 n.m 13 y ss.; *Mitsch*, JuS 01, 105; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 121 ss., 190; indicaciones sobre la estructura en *Gropp*, Roxin II-FS, p. 792; *Laue*, JA 00, 666.

9 *Matt/Renzikowski-Gaede*, § 15 n. m. 34; *Kindhäuser*, AT, § 33 n. m. 49 y s.; S/S/W-StGB-*Momsen*, §§ 15, 16 n. m. 64; *Moos*, Burgstaller-FS, p. 111, *Schmoller*, Kühl-FS, p. 433; similar *Jakobs*, AT, 9/4, 8 y ss.; *Struensee*, Samson-FS, p. 199; aún más extremo *Freund*, AT, § 5 n. m. 18, quien toma el "injusto personal de la imprudencia" como punto de partida de la comprobación del tipo; similar a *Rostalski*, GA 2016, 73; véase también *Duttge*, p. 40 y ss.; MK-*Duttge*, § 15 n. m. 88 y ss., 95 y ss., quien defiende un concepto tipológico de la imprudencia; véase también *Koriath*, Jung-FS, p. 397; *Renzikowski*, Täterbegriff, p. 233 y ss., 247 y ss.; esquema sobre la estructura en *Kindhäuser*, LPK, § 15 n. m. 36, 96 y ss.

otro) como **autoría mediata**[10]. Recientemente, ha ganado terreno la opinión según la cual es posible al menos una **coautoría imprudente**, en cuyo marco los distintos aportes al hecho por parte de los coautores son imputados recíprocamente (v. n. m. 740).

931 **d)** La imprudencia solo lleva conminada una pena cuando esto se halla **expresamente señalado en la ley** (§ 15).

Como en los hechos dolosos aquí también hay que distinguir entre delitos comisivos y omisivos (cfr. § 316 II, § 138 III), delitos de resultado (por ejemplo, §§ 222, 229) y delitos de actividad (por ejemplo, § 161). En los delitos imprudentes de resultado la ley carece la mayoría de las veces de una descripción concluyente de la acción típica; así como los denominados "tipos incompletos", aquellos tienen que ser complementados por el juez, quien tiene que concretizar el contenido del deber objetivo de cuidado para el caso específico. Una parte de la literatura considera que con ello se hace peligrar el principio de determinación (art. 103 II GG)[11].

2. Formas de manifestación de la imprudencia

932 **a)** El concepto de imprudencia no está definido en la ley. La jurisprudencia y la doctrina distinguen entre imprudencia **inconsciente** y **consciente**.

Actúa con **imprudencia inconsciente** quien en un determinado hacer u omitir no observa el cuidado exigido y, como consecuencia de ello, realiza el tipo legal **sin reconocerlo**.

Actúa con **imprudencia consciente** quien **considera posible** la realización del tipo legal, pero, de un modo contrario al deber, **confía en la no realización** del tipo[12].

La distinción entre imprudencia inconsciente y consciente solo es relevante para la determinación de la pena (para la delimitación entre imprudencia consciente y dolo eventual, v. n. m. 325 y ss.).

933 **b)** En algunos preceptos se exige un comportamiento con **temeridad** (por ejemplo, §§ 138 III, 178, 251, 306c, 308 III). Actúa temerariamente quien infringe el cuidado exigido de un **modo extraordinariamente alto**. Este concepto, al cual está vinculado un incremento del injusto y de la culpabilidad, se corresponde objetivamente con la imprudencia grave del derecho civil y,

10 Cfr. *Mitsch*, JuS 01, 105; *Spendel*, Lange-FS, p. 147, 152.

11 *Duttge*, p. 206; *el mismo*, JZ 14, 261; *Schmitz*, Samson-FS, p. 181; crít., respecto a ambos, *Herzberg*, ZIS 11, 444; véase también *Wolf*, Puppe-FS, p. 1067.

12 Cfr. RGSt 58, 130, 134; *HilgendorfValerius*, AT, § 12 n. m. 3; *Kasiske*, AT, n. m. 274; LK-*Vogel*, § 15 n. m. 148 y s.; respecto a conceptiones distintas, por todos: SK-*Hoyer*, similar a § 16 n. m. 25.

en el ámbito de la culpabilidad, se orienta a las capacidades individuales y a los conocimientos del autor[13]. La imprudencia leve, que no está regulada separadamente en la ley, también puede fundamentar un comportamiento punible[14].

II. El tipo de injusto de los delitos imprudentes de resultado

En el **caso n.º 18a**, A podría haber realizado el tipo del § 222. Según este, se sanciona a quien "por imprudencia causa" la muerte de otro. El texto de este precepto es impreciso porque el resultado de muerte jamás puede ser producido por medio de "imprudencia", sino solo por medio de un "comportamiento imprudente". **934**

1. Panorama sobre los elementos del tipo de injusto

El contenido de injusto del hecho imprudente se determina mediante su **desvalor de resultado** y su **desvalor de acción**. En los delitos imprudentes de resultado, el fundamento del tipo de injusto está constituido por tres elementos estrechamente vinculados entre sí: la **causación del resultado**, la **lesión del deber objetivo de cuidado** y la **imputabilidad objetiva** del resultado producido por el comportamiento defectuoso[15]. **935**

En los **delitos de mera actividad** (como, por ejemplo, en el § 161 o en el § 316 II, v. n. m. 39), queda de lado la "problemática del resultado" y sus particularidades (tratadas a continuación). Su punto central reside en la realización del tipo de injusto mediante el comportamiento descrito en la ley (por ejemplo, mediante el falso juramento en el § 161). En aquellos delitos, en el ámbito de la **infracción del deber de cuidado**, viene en consideración **la posibilidad de reconocimiento de la realización del tipo** en lugar de la previsibilidad del "resultado". **936**

2. La causación del resultado

En los delitos de resultado, la afirmación de la tipicidad requiere, en primer lugar, la constatación de que el autor ha **causado la producción del resul-** **937**

13 Cfr. BGHSt 14, 240, 255; 33, 66; BGH NStZ 13, 406; más detalladamente Matt/Renzikowski-*Gaede*, § 15 n. m. 45; *Radtke*, Jung-FS, p. 737; cfr. también *Wegener*, HRRS 12, 510.

14 *Köhler*, AT, p. 178; crít. *Koch*, ZIS 10, 175; sobre ello, *Spilgies*, ZIS 10, 459.

15 De modo general, *Beck*, JA 09, 111; 268; *Kretschmer*, Jura 00, 267, 269.

tado socialmente dañoso por medio de un comportamiento dominado o dominable por la voluntad (comisión u omisión).

938 En el **caso n.º 18a**, se ha producido el resultado típico previsto en el tipo. La conducción del auto realizada por A fue *conditio sine qua non* de la muerte de J.

En ocasiones, surgen por su misma naturaleza una diversidad de acciones que son causales para la producción del resultado (v. n. m. 217). Con referencia al hecho de que la punibilidad del comportamiento imprudente no podría extenderse de manera similar que respecto al comportamiento doloso, se ha propuesto extender la responsabilidad por imprudencia solo hasta el punto en el que, trazando un paralelo con el delito doloso, se alcanzare la etapa de tentativa[16]. Sin embargo, una delimitación de la responsabilidad por imprudencia también puede realizarse con los elementos utilizados hasta hoy y que serán abordados más adelante.

3. La infracción del deber objetivo de cuidado

939 **a)** Junto a ello hay que constatar la existencia de un **comportamiento defectuoso** bajo la perspectiva de si el resultado típico era **objetivamente previsible** y si el autor **no ha observado** el **debido cuidado exigido en las relaciones**.

Esta clasificación sistemática puede derivarse del contenido del mandato de la norma. En el caso del § 222, la norma de comportamiento no puede ser: "¡No causes la muerte de otro!" Ese imperativo no podría ser seguido en vista de la ilimitada extensión de la teoría de la condición y, por consiguiente, no tendría sentido. Aquí únicamente tiene sentido la norma: "¡Usa el debido cuidado en el caso concreto para evitar la muerte de otro!"[17].

La **previsibilidad** del resultado y la **infracción del deber de cuidado**, en tanto componentes del injusto de la acción, se encuentran **conectadas** íntimamente **entre sí,** de modo que no pueden ser valoradas de forma aislada[18].

16 *Fellenberg*, Zeitliche Grenzen der Fahrlässigkeitshaftung, 2000, p. 97 y ss.; SK-*Wolters*, § 323a n. m. 29.

17 Cfr. *Engisch*, Eb. Schmidt-FS, p. 90, 102; *Schünemann*, Meurer-GS, p. 37; crít. *Jakobs*, AT, 9/6-8; *Schmidhäuser*, Schaffstein-FS, p. 129; *F.C. Schroeder*, JZ 89, 776; véase también *Kindhäuser*, GA 1994, 197.

18 Crít. MK-*Duttge*, § 15 n. m. 109; cfr. también *Fahl*, JA 12, 808, 810 y s.

b) Es **objetivamente previsible** aquello que, bajo las circunstancias del caso y como consecuencia de la experiencia general de la vida, tendría en cuenta un individuo prudente proveniente del círculo en el que se desenvuelve el autor[19]. **940**

c) Respecto a las **exigencias de cuidado**, vale esencialmente lo siguiente: **941**

aa) El **contenido** del deber de cuidado **tiene que identificarse** a partir de los **peligros para el bien jurídico protegido** que surgen del comportamiento concreto y **ajustarse correctamente** a ellos, es decir, efectuar la acción peligrosa únicamente bajo medidas de seguridad suficientes u omitirla por completo[20]. **942**

Por ejemplo, actúa objetivamente contra el deber quien se hace cargo de una actividad para la cual carece de conocimientos especializados, denominada "culpa o imprudencia por asunción"[21].

bb) **La clase y medida del cuidado a aplicar** surge de las exigencias —por medio de una valoración *ex ante*[22] de la situación de peligro— que cabría imponer a un **individuo sensato y escrupuloso** que se halla **en la situación concreta** y **el rol social** de quien actúa (v. n. m. 929)[23]. **943**

La opinión minoritaria se orienta a la objetivización de la capacidad **individual** de rendimiento[24].

19 BGH StV 13, 150 (caso *Brechmittel II*).

20 Cfr. BGHSt 5, 271; 53, 288 (caso *Kokain*); OLG Bamberg NStZ-RR 08, 10 (caso *Gefechtsübung*).

21 BGHSt 10, 133; 43, 306; 55, 121 (caso *Brechmittel*), en ese sentido, con discusión a favor *Brüning*, ZJS 10, 549; *Eidam*, NJW 10, 2599; *Krüger/Kroke*, Jura 11, 289; más profundamente, *Jung*, Puppe-FS, s. 1401.

22 BVerfG GA 1969, 246; BGH VRS 5, 368.

23 BGHSt 7, 307; 37, 184; BGH JZ 05, 685 con observaciones críticas. *Walther* und *Herzberg*, NStZ 05, 602; BGHSt 59, 292, 305 (caso *Oury Jalloh*) con observaciones *Satzger*, Jura (JK) 15, 882, en ese sentido, con un abordaje crít. *F. Zimmermann/Linder*, ZStW 128 [2016], en publicación; OLG Frankfurt NStZ-RR 11, 205 (caso *Hundehalter*); OLG Dresden, StV 15, 120 (caso *Hebammen*); OLG Hamburg NStZ-RR 15, 209 (caso *Übungsleiter*) con discusión *Eisele*, JuS 15, 945; *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 I 2b; *Kudlich*, PdW, p. 121 y ss.

24 Cfr *Freund*, AT, § 5 n. m. 29; *Stratenwerth*, Jescheck-FS, p. 285; MK-*Duttge*, § 15 n. m. 95 y s.; crít. *Herzberg*, Jura 84, 402; *Roxin*, AT I, § 24 n. m. 54 ss.; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 142.

944 Cuando se trata de la posibilidad de reconocimiento de los peligros tiene que poder hacerse valer contra todos su eventual **conocimiento especial**[25]. Quien, por ejemplo, conoce la especial peligrosidad de un cruce de calles o sabe que alguien padece de hemofilia, se tiene que ajustar a ello y comportarse más cuidadosamente que el promedio. Basándose en que la mayor capacidad **individual** obligaría a una mayor cautela y, por eso, justificaría exigencias más altas, una parte de la doctrina jurídica defiende también la consideración de las **especiales posibilidades** para la determinación de la medida del cuidado[26].

Por lo demás, hay que evitar sobreexigir los requerimientos de cuidado, especialmente cuando la ejecución del comportamiento riesgoso sirve a la satisfacción o conservación de importantes intereses sociales. Ante todo, las decisiones referidas a un pronóstico (por ejemplo, la valoración del peligro de reincidencia de los internos) pueden resultar conformes al deber de cuidado, incluso, si al final ellas resultan erróneas, cuando se ha arribado a ellas de un modo correcto, especialmente cuando los hechos han sido correctamente investigados y se han tenido en cuenta criterios de valoración de validez general[27]. Por eso, resultan problemáticas las condenas, con base en los §§ 222, 229, respecto a médicos, trabajadores sociales, etc., que no hayan impedido que se consumen delitos violentos y homicidios en contra de personas confiadas a ellos[28] (cfr. n. m. 1012). Por el contrario, si aquel que tiene el poder de decisión desatiende gravemente (¡casos extremos!) los criterios de valoración en la concreción del margen de determinación que le corresponde, entonces, viene en consideración una punibilidad por lesiones corporales imprudentes u homicidio (al respecto, n. m. 294)[29].

En cambio resulta demasiado indeterminado el planteamiento restrictivo de *Duttge*[30], según el cual solo hay que aceptar una infracción del deber de cuidado cuando el autor, "pese a una razón válida (en las circunstancias externas, incluyendo también aquí el propio conocimiento) no se aparta a tiempo del curso ulterior de los hechos dirigidos a un menoscabo de un bien jurídico". Esa imprudencia "cualificada" como fundamento de cualquier responsabilidad por imprudencia, resulta difícilmente compatible[31] con la distinción legal entre imprudencia simple, por un lado, y temeridad, por el otro.

25 BGH JZ 87, 877; *Greco*, ZStW 117 [2005], 519.

26 Así, S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 138 y ss.; diferenciadamente LK-*Vogel*, § 15 n. m. 163.

27 Cfr. StA Paderborn NStZ 99, 51 con discusión *Pollähne* y LG Göttingen NStZ 85, 410.

28 OLG Stuttgart NJW 98, 3131 (caso *Jenny*); OLG Oldenburg NStZ 97, 238 (caso *Laura-Jane*).

29 BGHSt 49, 1 (caso *Psychiatrie*); abordado adecuadamente por *Neubacher*, Jura 05, 857.

30 MK-*Duttge*, § 15 n. m. 105 ss., 122; HK-GS-*Duttge*, § 15 n. m. 31 y ss.

31 Crítico también *Roxin*, AT I, § 24 n. m. 47.

El **principio de confianza** desarrollado en la jurisprudencia (sobre todo respecto al tráfico viario) lleva a una delimitación razonable del deber de cuidado: 945

Según la opinión reconocida de modo general, siempre que no existan especiales razones que hablen en contra de ello (por ejemplo, la inexperiencia y la imprevisibilidad al cruzar las calles de los niños muy pequeños o en edad escolar) [32], quien se comporta conforme a lo exigido por las reglas del tráfico no tiene que tomar medidas precautorias respecto de todas las posibles infracciones de esas reglas por parte de otros, sino que puede esperar y organizarse contando con que los otros intervinientes respetan el cuidado requerido en el tráfico y que no lo ponen en peligro[33] de un modo contrario al deber. En tal sentido, el conductor de un automóvil por lo regular confía en que los peatones no ingresarán súbitamente a las pistas ni caminarán "a ciegas" por las calles. Por consiguiente, no está obligado a disminuir la velocidad ya al verlos sobre la vereda[34].

Cuando el **propio comportamiento contrario a las reglas del tráfico** excluye el recurso al principio de confianza constituye una cuestión que no se puede responder de modo general para todos los casos imaginables, sino que esto más bien depende de sí y, dado el caso, en qué forma la propia infracción del cuidado ha **repercutido** en el posterior suceso dañoso[35]. Por consiguiente, el recurso al principio de confianza tampoco está excluido para el conductor que, hallándose bajo los efectos del alcohol, conduce con atención y mantiene una velocidad adecuada, pero se encuentra con un ciclista que asume de forma totalmente sorpresiva una preferencia de paso y resulta lesionado como consecuencia de ello[36]. Por otro lado, no hay lugar para la protección de la confianza cuando el propio comportamiento contrario a las reglas del tráfico resulta idóneo para inducir a otros a una falsa valoración de los riesgos vinculados o a reacciones erróneas en el tráfico diario. Según la regla generalmente reconocida, no se puede actuar de un modo contrario al deber confiando en un comportamiento cuidadoso de otros y, además, el propio comportamiento descuidado no constituye una base idónea de la expectativa de que otros dominarían la situación de peligro provocada como consecuencia de aquel[37]. 946

32 Más detalladamente, BGHSt 7, 118; 12, 81; 13, 169; BGH VRS 62, 166.

33 BGHSt 9, 92; 12, 81; BGHZ 43, 178; S/S/W-StGB-*Momsen*, §§ 15, 16 n. m. 67 ss.; *Schumann*, Handlungsunrecht, p. 7.

34 BGH VRS 21, 5; OLG Köln VRS 56, 29; OLG Zweibrücken VRS 41, 113.

35 Más detalladamente, BGH VRS 33, 368; 13, 225; OLG Hamm VRS 36, 358; *Eidam*, JA 11, 912; *Krümpelmann*, Lackner-FS, p. 289; *Maiwald*, JuS 89, 186; rechaza ello *Puppe*, AT, § 5 n. m. 5 y ss.

36 Cfr. BGH VRS 21, 5; OLG Köln VRS 56, 29; OLG Zweibrücken VRS 41, 113.

37 Cfr. S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 210.

El principio de confianza también rige **en casos de una cooperación propia de la división del trabajo** como, por ejemplo, operaciones, experimentos científicos, acciones de salvamento, construcciones y similares[38].

947 **cc)** Con frecuencia, los preceptos jurídicos especiales de naturaleza extrapenal (denominados **normas especiales**, por ejemplo, §§ 3, 4, 14 II 2 StVO, §§ 5 I, 6 II AtomG, § 42 I WaffG, § 24 II SprengstoffG, "Normas"-DIN) y las reglas generales de la experiencia (por ejemplo, las reglas de la práctica médica) facilitan la determinación del contenido y la extensión de los deberes de cuidado. Sin embargo, su seguimiento constituye solo un indicio de la conformidad del comportamiento del autor con el tráfico, del mismo modo que su incumplimiento únicamente constituye un indicio de un comportamiento defectuoso[39]. En la solución del caso se debería empezar por este aspecto. Sin embargo, luego tiene que discutirse **adicionalmente** la **previsibilidad de la situación de peligro**, bajo la perspectiva de un individuo sensato y cuidadoso en la situación concreta y en el rol social de quien actúa. El efecto indiciario general de las normas específicas y de las reglas de la experiencia puede excluirse, entonces, en el caso concreto (atípico)[40].

948 **d)** El **comportamiento del autor** causante del resultado tiene que compararse con el **contenido** del cuidado objetivamente necesario que se ha determinado de aquella manera:

Si se corresponde con esas exigencias, entonces, es cuidadoso, conforme al tráfico y objetivamente correcto; con ello se excluye el desvalor de la acción y así la tipicidad. Si el comportamiento real del autor es inferior a las exigencias del ordenamiento jurídico, entonces, es descuidado, contrario a las reglas del tráfico y objetivamente defectuoso.

949 En el **caso n.º 18a**, al atravesar el lugar, A respetó la velocidad máxima permitida (cfr. § 3 III Nr 1 StVO). Pero de ello no se sigue aún que su comportamiento fue conforme a las reglas del tráfico. Al igual que el no seguimiento de una regla general de cuidado no es una prueba irrefutable, sino solo un indicio de un comportamiento defectuoso, el seguimiento de determinados preceptos de protección constituye solo un signo de que la acción ejecutada resulta conforme a las reglas del tráfico. Se requiere aún la constatación de si un conductor sensa-

38 Cfr. BGHSt 43, 306; 53, 38 (con limitaciones); BGH StV 88, 251; más profundamente, *Duttge*, ZIS 11, 349.

39 Cfr. BGHSt 4, 182; 12, 75; BGH StV 01, 108; *Esser/Keuten*, NStZ 11, 314, 318.

40 Exhaustivamente, *Kühl*, AT, § 17 n. m. 22 y ss.; más restringido: *Kudlich*, Otto-FS, p. 373 (principio regla-excepción).

to y prudente hubiera podido reconocer a tiempo, en la concreta situación del tráfico, el peligro que amenazaba a J. Esto tiene que negarse, puesto que J estaba fuera del campo visual de A y, en ausencia de un punto de referencia específico, un conductor no tiene que contar con que alguien se le aparezca súbitamente delante del automóvil[41].

En ese sentido, A no ha infringido el deber de cuidado que le corresponde. La muerte de J, que ha cocausado, significa para él solo un "**infortunio**" objetivamente inevitable, pero no un "injusto" por el que debe responder, puesto que nadie en su lugar hubiera podido evitar ese resultado[42]. Si bien no falta la "causalidad" ni el desvalor de resultado del suceso, sin embargo, no se configura el tipo de injusto del (§ 222), debido a la ausencia de un desvalor de acción.

4. La imputación objetiva del resultado

La causación del resultado y la infracción del deber de cuidado no fundamentan ya, por sí solas, el tipo de injusto de un delito imprudente de resultado; más bien, se tiene que agregar aún, como en los delitos dolosos de resultado, la **imputación objetiva** del resultado en cuestión. La teoría de la imputación objetiva ya ha sido presentada detalladamente con ocasión de los delitos dolosos en los n. m. 246 ss., de modo que aquí podemos remitirnos en lo esencial a lo allí expresado[43]. **950**

En los delitos imprudentes tiene que atenderse a que el aspecto de la previsibilidad objetiva del resultado de la acción —por lo demás, relevante en el marco de los cursos causales atípicos— (v. n. m. 289) también pertenece al tipo de injusto del delito imprudente de resultado (v. n. m. 939). Aquí hay que remitirse, una vez más, a los siguientes criterios de imputación, los que precisamente poseen una especial relevancia en los delitos imprudentes:

a) En principio hay que atender al **fin de protección de la norma**. Solo cuando la norma de cuidado infringida sirva precisamente para evitar resultados como los que se han producido se creará un riesgo jurídicamente relevante, el cual constituye el fundamento para que el resultado concreto pueda serle imputado a quien actúa de un modo contrario al deber como "su obra" (v. n. m. 54). **951**

41 Cfr. BGH DAR 86, 17.

42 Cfr. *Fahl*, JA 12, 808.

43 Complementariamente, BGHSt 37, 106, 115; *Joecks*, St-K, § 222 n. m. 9 y ss.; *Küper*, Lackner-FS, p. 247; *Mitsch*, JuS 01, 105; *Otto*, Schlüchter-GS, p. 77; *Schünemann*, Meurer-GS, p. 37; crítico sobre todo *Gössel*, Frisch-FS, p. 423, 427 y ss.; NK-*Puppe*, Vor § 13 n. m. 200 y ss.; v. también *Hauck*, GA 2009, 280; *Kindhäuser*, GA 2007, 447, 462.

La **infracción del límite de velocidad** en Múnich no crea aún un riesgo jurídicamente relevante para el hecho ulterior en el que el conductor causa un accidente en Núremberg y en el que muere un niño que corre por la calle. El argumento de que, de haber respetado la velocidad prevista, el conductor habría **llegado más tarde al lugar del accidente**, como consecuencia de lo cual no se hubiese encontrado con la víctima del accidente, fracasa respecto al necesario criterio del ámbito del fin de protección (v. n. m. 254). De otro modo, también podría reprocharse al conductor el no haber manejado más rápido, pues entonces en el momento en cuestión ya habría abandonado el lugar del accidente. En la imputación del resultado no se trata de ningún modo de si el conductor del automóvil había incurrido en un exceso de velocidad en algún momento antes del inicio de la situación actual de peligro, el cual posibilitó que él se encontrara en el lugar del accidente al momento en el que este ocurrió[44]. También se abordaría erróneamente la cuestión si se afirmara que el accidente se hubiese evitado porque el conductor no se hubiera comprado un auto, hubiese elegido otra calle o simplemente no hubiese realizado el viaje. Las consideraciones de ese tipo rebasan el **fin de protección** de la correspondiente regla de cuidado: el sentido de las limitaciones de velocidad no reside en que el conductor llegue más tarde al lugar del accidente. Más bien, el § 3 StVO quiere asegurar que **en caso de peligro** el conductor del vehículo **pueda frenar, evitar o detenerse a tiempo**. Pero puesto que, en principio, al conductor le está permitido estar en cualquier momento en cualquier lugar de la calle, solo depende de si con el cumplimiento de la velocidad permitida en el lugar del accidente —y, concretamente, en el momento en el que se produce la "situación crítica del tráfico"— **hubiera podido frenar aún con suficiente anticipación para evitar el accidente**. Por eso, la cuestión referida a si los riesgos provenientes de la **conducción a mayor velocidad**, que son relevantes para el fin de protección, se han materializado en el resultado concreto, tiene que referirse siempre a la situación crítica del peligro que causa el resultado, la cual empieza con el denominado momento de reconocimiento del peligro[45]. Con ello se hace referencia al momento en el que el conductor hubiese estado obligado a tomar medidas para la evitación de los peligros que han producido inmediatamente el accidente y el resultado típico[46]. De acuerdo con la jurisprudencia, en el marco de la constatación que se lleva a cabo acerca de cómo se hubieran desarrollado los sucesos respectivos en caso de que el comportamiento hubiese sido conforme al deber, también hay que considerar los posibles **movimientos propios de quien es puesto en peligro** al atravesar la calle. En tal sentido, la imputación del resultado basada en el § 222 o en el § 229 también puede, bajo determinadas circunstancias, ser fundamentada en que la víctima del accidente ya habría cruzado y dejado libre la vía si el conductor, a quien se le atribuye responsabilidad, no hubiese[47] conducido tan rápido **en la situación crítica**. La discusión sobre la cuestión respecto a cuáles alternativas resultan dignas de consideración aún no está cerrada[48].

44 Cfr. BGH VRS 73, 94; en cambio erróneamente, OLG Karlsruhe NJW 58, 430.

45 BGH DAR 86, 17; S/S/W-StGB-*Momsen*, §§ 15, 16 n. m. 80.

46 Cfr. BGHSt 24, 31; 33, 61; BGH NStZ 13, 231; OLG Köln VRS 70, 373.

47 Más detalladamente, BGHSt 33, 61, con observaciones, *Puppe*, JZ 85, 295; al respecto, *la misma*, Jura 97, 629.

48 Cfr. *Frisch*, Zurechnung, p. 98; *Streng*, NJW 85, 2809; cfr. respecto a la consideración del fin de la norma, también BGHSt 17, 299; *Freund*, JuS 01, 475; *Krümpelmann*, Bockelmann-FS, p. 443; *Roxin*, Gallas-FS, p. 241.

b) Por lo demás, el **nexo de contrariedad al deber** entre el comportamiento contrario al deber del autor, por un lado, y el resultado del hecho, por el otro, requiere que precisamente la "contrariedad al deber" del comportamiento del autor, es decir, aquel peligro jurídicamente desaprobado que ha sido creado mediante la infracción del deber de cuidado del autor (v. n. m. 294), se haya realizado en el concreto resultado. 952

aa) Falta este nexo si el resultado desaprobado era **objetivamente inevitable**, es decir, cuando el resultado también se hubiera producido con una probabilidad cercana a la seguridad en caso de un **comportamiento alternativo conforme a derecho** En un caso así, no se ha realizado en el resultado ningún peligro creado por medio del comportamiento contrario al deber del autor, de modo que tampoco se le puede imputar a este el resultado. 953

De acuerdo con la opinión dominante[49], aunque discutida[50], un autor que infringe su deber de cuidado y, por ejemplo, ha causado la muerte de una persona no tiene que ser sancionado por homicidio imprudente cuando, **con una probabilidad cercana a la certeza, es seguro** que el **resultado mortal** también se hubiera **producido** en caso de un **comportamiento conforme a derecho, jurídicamente permitido**, es decir, si al final hubiese sido inevitable (a causa de sucesos naturales o por el propio comportamiento defectuoso de la víctima). Sin embargo, se discute arduamente respecto a cómo tiene que fundamentarse dogmáticamente ese resultado y en qué nivel sistemático de la estructura del delito resulta relevante el "nexo específico" entre la contrariedad al deber y el resultado exigido para la imputación del resultado:

(1) La orientación clásica asume que aquí (solo) tendría que negarse la "**relación de culpabilidad**" entre la contrariedad al deber y el resultado, y que el reproche de culpabilidad también decaería si también un comportamiento cuidadoso hubiese llevado a la producción del resultado[51]. 954

(2) Con el reconocimiento de que el concepto de la imprudencia reúne en sí elementos del injusto y de la culpabilidad, ha ganado terreno la opinión de que faltaría la "**relación de antijuricidad**" si la infracción del deber no se realiza en el resultado, es decir, si este no se basara en la falta de cuidado[52].

49 BGHSt 49, 1 (caso *Psychiatrie*).

50 SK-*Hoyer*, Similar § 16 n. m. 67; *Spendel*, JuS 64, 14.

51 Cfr. RGSt 15, 151 (caso *Apotheker*); 63, 211 (caso *Ziegenhaar*); BayObLG NJW 53, 1641.

52 *Erb*, Rechtmäßiges Alternativverhalten und seine Auswirkungen auf die Erfolgszurechnung im Strafrecht, 1991, p. 70; *el mismo*, JuS 94, 449; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 173 y ss.

(3) Una tercera opinión niega con distintos argumentos, ya en el nivel del tipo, la "**relación de imputación**" (relación de contrariedad al deber o del fin de protección) cuando falta[53] la específica relación entre el resultado y la infracción del deber de cuidado.

(4) Desde la decisión (BGHSt 11, 1), la mayoría de las veces la jurisprudencia traslada el problema al ámbito del "**nexo causal**", orientándose a si justamente la **infracción del deber** habría sido[54] **causal** para el resultado.

955 Todas estas propuestas de solución se basan en la idea correcta de que en el tipo de la imprudencia la causación del resultado y la infracción del deber de cuidado **no** están una al lado de otra **sin relación**, es decir, que no se agregan simplemente.

La causación imprudente del resultado no significa lo mismo que causación más imprudencia. Una tal equiparación llevaría a la ya superada teoría del *versari in re illicita*, la cual imputa sin más a quien hace algo prohibido todas las consecuencias que surgen de ello. Una responsabilidad accidental así de ilimitada no es propia del derecho penal.

956 Debido a su naturaleza, **los delitos imprudentes** requieren ya de la **evitabilidad de la realización del tipo**: el autor imprudente es sancionado porque **no ha evitado** el resultado desaprobado, a pesar de que objetivamente estaba obligado a ello y subjetivamente era capaz de hacerlo. Sin embargo, mientras que la inevitabilidad subjetiva personal solo hace decaer el reproche de la culpabilidad, la **inevitabilidad objetiva** excluye, ya en el nivel del tipo, la relación de contrariedad al deber y, con ello, la **imputación del resultado**. Pues si el resultado socialmente dañoso tampoco hubiera podido evitarse **aun cuando el comportamiento hubiese sido conforme al derecho**, entonces, eso significa que, en el caso concreto, la ausencia de cuidado era irrelevante para su producción.

53 OLG Köln NStZ-RR 02, 304; *Burgstaller*, p. 96 y ss.; MK-*Hardtung*, § 222 n.m 43; *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 II 2 b; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 15 n. m. 41; véase también *Gössel*, Frisch-FS, p. 423, 432 y ss.; *Lüderssen*, Samson-FS, p. 93, 104.

54 BGHSt 33, 61; 49, 1 (caso *Psychiatrie*); igualmente, *Toepel*, Kausalität und Pflichtwidrigkeitszusammenhang beim fahrlässigen Erfolgsdelikt, 1992, p. 100; similar NK-*Puppe*, Vor § 13 n. m. 206 y ss.

En ese sentido, en el ámbito del § 222, una infracción del deber de cuidado solo es típicamente relevante cuando precisamente ella ha sido la causa decisiva para el resultado mortal. Para ello, resulta relevante cómo se hubiese desarrollado el suceso si el autor se hubiera comportado de un modo jurídicamente correcto y no hubiese excedido los límites del "riesgo permitido". Si es suficientemente seguro que también se hubiese producido el mismo resultado, entonces, no varía en absoluto la contrariedad al deber de la **acción como tal**; ella puede ser sancionada independientemente si (como, por ejemplo, exceder la velocidad permitida, según los §§ 24 StVG, 49 I Nr 3 StVO) tiene conminadas las consecuencias jurídicas respectivas. Pero, por el contrario, el autor no puede ser sancionado por el **tipo del delito de resultado** (§ 222) porque la infracción de la exigencia de cuidado no se ha realizado en el resultado, respecto a cuya producción ha sido más bien irrelevante (v. n. m. 254 y ss.). 957

En el fondo, esto también se refleja en la decisión BGHSt 11, 1 (referida al adelantamiento en el tráfico viario sin guardar la suficiente distancia), que confirma en el resultado la corrección de la opinión que aquí se defiende, pero niega en la fundamentación lo que es discutible: la "causalidad" del comportamiento defectuoso para el resultado, en lugar de orientarse[55] a su imputabilidad.

En el ámbito de la constatación de si el resultado también se hubiera producido sin el comportamiento contrario al deber, no puede tenerse en cuenta cualquier suceso hipotético, sino solo uno que **se encuentre en la concreta situación fáctica.** 958

Por ejemplo, en el caso *Psychiatrie* (donde un médico concede una salida muy pronta a dos criminales, v. n. m. 294, ejemplo 2) no puede rechazarse la responsabilidad por imprudencia respecto al homicidio contra una persona con el argumento de que el interno, de cualquier modo, hubiera matado a cualquier persona al escaparse de la clínica[56].

El nexo de imputación entre la lesión del deber de cuidado y el resultado (causación **a través de** imprudencia), requerido en los §§ 222, 229, tiene que afirmarse, por consiguiente, cuando el resultado típico **hubiese sido evitable en caso de un comportamiento cuidadoso**. 959

55 Cfr. también LK-*Vogel*, § 15 n. m. 182 con notas adicionales de la jurisprudencia; crít. *Puppe*, AT, § 3 n. m. 18 y ss.

56 BGHSt 49, 1 con observaciones a favor *Roxin*, StV 04, 485; HK-GS-*Duttge*, § 15 n. m. 47.

960 En el **caso n.º 18b**, A se ha comportado contra las normas del tráfico al haber excedido en 10 km/h la velocidad máxima permitida y, en consecuencia, ha cometido una infracción administrativa, la cual puede ser sancionada con una multa (§ 24 StVG, §§ 3 III Nr 1, 49 I Nr 3 StVO). Aquí surge la cuestión acerca de si, además de ello, A es culpable de un homicidio imprudente.

La causación del resultado y la infracción del deber de cuidado, en el sentido del § 222, son aquí difíciles de fundamentar. La conducción del automóvil por parte de A fue una *conditio sine qua non* para la muerte de J. La forma de conducir de A fue objetivamente también defectuosa debido al exceso de velocidad. En cambio, resulta problemática la imputabilidad del resultado de muerte. El sentido y el objetivo de la limitación de la velocidad (§ 3 III Nr 1 StVO) es posibilitar al conductor un frenado, evitación o parada oportunos frente a los obstáculos que surgen de improviso[57]. Con ello, la evitación de lesiones mortales de otros intervinientes en el tráfico como consecuencia de accidentes corresponde al **fin de protección** de esta norma específica. Sin embargo, puesto que, en el presente caso, es seguro que J también hubiese sido arrollado y muerto aun cuando A hubiese adecuado su velocidad a los preceptos vigentes y a la situación de tráfico existente, decae el **nexo de contrariedad al deber**, como consecuencia de lo cual hay que negar la imputación objetiva del resultado en vista de su inevitabilidad.

Por el contrario, en el **caso n.º 18c**, A está obligado a un cuidado especial, puesto que los niños que juegan en las calles constituyen una fuente de peligros reconocibles para todos. Él no podía confiar en que los niños se comportarían, por su parte, de acuerdo con las reglas del tráfico. Aquí A tendría que haber reducido la velocidad de modo claro bajo los 30 km/h, como consecuencia de lo cual hubiera podido detenerse inmediatamente en caso de emergencia (cfr. § 3 IIa StVO).

En el **caso n.º 18d**, surge la cuestión referida a cuál comportamiento alternativo hay que orientarse para la evitabilidad o inevitabilidad del resultado. Por un lado, uno podría pensar, con la jurisprudencia, que el comportamiento alternativo decisivo consistiría en la conducción en estado de ebriedad con la velocidad adecuada correspondiente[58]. Por lo tanto, habría que preguntarse si el accidente se hubiera evitado si el conductor hubiese disminuido la velocidad de forma correspondiente a su estado de ebriedad. Aquí esto tiene que afirmarse. Puesto que A no ha conducido tan lento como se le habría exigido, entonces, se le puede imputar la muerte de J. Como argumento a favor de ello, se podría mencionar el § 3 I StVO, el cual determina que un conductor solo puede conducir tan velozmente como pueda dominar el vehículo. Sin embargo, a este punto de vista se opone la prohibición absoluta de conducir en estado de ebriedad establecida en el § 316, así como en el § 24a StVG. Por eso, el criterio solo puede ser una conducción en estado de

57 BGHSt 33, 61.

58 BGHSt 24, 31, 35; BGH NStZ 13, 231, con un abordaje crít. *Hecker*, JuS 13, 466; *Jäger*, JA 13, 393 y *Puppe*, JR 13, 473; BayObLG NStZ 97, 388.

sobriedad. Acertadamente, la opinión dominante se orienta únicamente por el hecho de si el accidente también hubiera sido evitable si un conductor sobrio hubiera conducido a la velocidad permitida[59]. Dado que en el caso de una velocidad "normal", permitida para un conductor sobrio, el accidente no hubiese sido evitable, entonces, en el presente caso, se excluye la relación de contrariedad al deber[60].

▶ Otros ejemplos en *Beulke*, Klausurenskurs III, n. m. 581.

bb) Si se considera a la evitabilidad del resultado mediante un comportamiento conforme al deber como un **presupuesto fundamentador de la responsabilidad** del tipo de la imprudencia, entonces, una absolución del acusado no solo viene en consideración cuando la inevitabilidad del resultado se halla constatada con una probabilidad rayana en la certeza, sino ya cuando existen **puntos de referencia concretos** respecto a que el resultado típico **posiblemente** se hubiera producido en la misma forma también en caso de un comportamiento cuidadoso o correcto, pues, entonces, en la línea de la doctrina dominante, tiene que aplicarse el principio ***in dubio pro reo***[61]. **961**

La **teoría del incremento del riesgo** (v. n. m. 296 y s.) llega aquí a otros resultados. Ella afirma la imputación objetiva del resultado **en todo incremento del riesgo**, es decir, cuando la probabilidad de la producción del resultado hubiese sido menor en caso de un comportamiento cuidadoso. El principio *in dubio pro reo* no debe favorecer al autor en caso de duda acerca del **curso hipotético del suceso**, sino más bien estar limitado **al** caso en el que no se puede aclarar **si** el comportamiento defectuoso en la situación real (en comparación con el riesgo permitido) ha causado o no un incremento del peligro[62]. **962**

59 Similar, *Eisele*, JA 03, 40; *Puppe*, NStZ 97, 389.

60 Para una negación del ámbito del fin de protección: *El-Ghazi*, ZJS 14, 23, 27 y ss.

61 Así, BGHSt 11, 1; 24, 31; BGH NStZ 87, 505; OLG Hamm NZV 16, 242, con discusión *Eisele*, JuS 16, 80; *Krümpelmann*, GA 1984, 491; crít. *Küper*, Lackner-FS, p. 247, 268; *Lampe*, ZStW 101 [1989], 3, 47; *Puppe*, Jura 97, 518.

62 Véase, al respecto, *Burgstaller*, p. 129 y ss.; *Jescheck/Weigend*, AT, § 55 II 2 b; *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, p. 56 y ss.; *Kaspar*, AT, n. m. 902; *Köhler*, AT, p. 198; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 15 n. m. 44; S/S/W-StGB-*Momsen*, §§ 15, 16 n. m. 81; *Otto*, Jura 01, 275, 277; NK-*Puppe*, Vor § 13, n. m. 204 y s; *Roxin*, AT I, § 11 n. m. 88 y ss.; *Schmoller*, Wolter-FS, p. 479; *Stratenwerth*, Gallas-FS, p. 227.

963 La jurisprudencia considera que el punto de vista de la teoría del incremento del riesgo es incompatible con el derecho positivo[63]. Sin embargo, en el caso de **errores en el tratamiento médico** como, por ejemplo, en el caso de que una operación se efectúe con retraso a consecuencia de un diagnóstico erróneo, el BGH afirma la imputabilidad del resultado de muerte y la punibilidad en virtud del § 222, cuando se constata con una probabilidad rayana en la certeza que, en caso de un diagnóstico correcto y una operación a tiempo, **la vida** del paciente (que, por ejemplo, sufre de una peritonitis) se hubiera **prolongado** por un periodo no irrelevante, es decir, si la muerte se hubiera producido tiempo después[64]. Por el contrario, si no se puede llegar a una constatación segura en ese sentido, no habrá lugar para una condena, aun cuando exista una probabilidad muy alta (en el caso concreto, de por lo menos 90 %) de que la radiación omitida erróneamente tras una operación contra el cáncer, hubiera prolongado la vida del paciente de 5 a 10 años[65].

964 c) También del **principio de autorresponsabilidad** y de la clasificación de los ámbitos de responsabilidad basados en aquel pueden resultar —así como para los delitos dolosos— limitaciones a la imputación del resultado para los delitos imprudentes. Quien, por ejemplo, motiva, posibilita o favorece de modo imprudente a que alguien **autorresponsablemente** se **dañe** o se **coloque a sí mismo en una situación de peligro**, no puede ser sancionado ya por homicidio imprudente o lesiones corporales imprudentes, cuando el riesgo asumido conscientemente con la autopuesta en peligro llega a realizarse, por haber colocado una condición del suceso ulterior de un modo contrario a deber, es decir, por haber cocausado el resultado previsible. Así, por ejemplo, tampoco la entrega de heroína es punible según el § 222, cuando el consumidor muere como consecuencia de la droga, pues aquel que por sí mismo lesiona o pone en peligro sus propios bienes jurídicos de forma libremente responsable, en general, asume la exclusiva responsabilidad de ello[66]. Por el contrario, una ausencia de punibilidad, con referencia en el principio de autorresponsabilidad, no viene en consideración cuando el precepto penal respectivo precisamente protege frente a tales autopuestas en peligro (como, por ejemplo, en el § 30 I Nr 3 BtMG; cfr. n. m. 261. Entonces, una exclusión de la responsabilidad por imprudencia bajo el criterio de la autopuesta en peligro también se excluye cuando solo el autor que actúa de modo imprudente

63 Más detalladamente, OLG Koblenz OLGSt § 222, p. 63, 67; cfr. también BGHSt 37, 106, 127.

64 BGH StV 94, 425; NStZ 85, 26; 81, 218, con observaciones a favor *Wolfslast*; cfr., al respecto, también *Brammsen*, MDR 89, 123; *Puppe*, Observaciones JR 94, 515.

65 BGH NStZ 87, 505; sobre todo *Hillenkamp*, AT, p. 231.

66 Cfr., al respecto, BGH NJW 14, 1680, 1685 y s. (caso *Substitution*) con discusión *Kudlich*, JA 14, 392.

—pero no la víctima— tenía la posibilidad de comprender completamente la extensión del concreto riesgo (detalles, v. n. m. 269)[67].

Ejemplo (según BGH NJW 03, 2326, caso *Zivi*)[68]: A, quien padece una grave discapacidad, desea morir. Puesto que tiene los brazos y piernas paralizados no tiene la posibilidad de matarse con sus propias manos. Por eso, le pide a Z, quien hace su servicio civil prestándole cuidados, que lo desvista completamente, lo envuelva en bolsas de basura dejándole libre únicamente el rostro, le tape la boca y lo abandone en un contenedor de basura. Z le cree a A que esto constituye la satisfacción de un deseo sexual y, por eso, sigue sus indicaciones. A le dice a Z que el servicio de limpieza de la tarde lo sacará del contenedor y lo dejará libre. En realidad, A se ha ocupado de que en la tarde no venga ningún operario de limpieza. En la mañana siguiente se descubre el cadáver de A. La muerte se ha producido por sofocación y se ha acelerado por hipotermia. **965**

Aquí no existe ninguna puesta en peligro por parte de un tercero, sino un homicidio de otro llevado a cabo por Z. La circunstancia de que A quiera esa muerte lleva a asumir un homicidio a petición (§ 216) solo cuando ambos actúan con conocimiento pleno de la situación. La aceptación de A no tendría, en ese sentido, ningún efecto justificante. Sin embargo, Z no sabe nada del homicidio y tampoco reconoce el correspondiente pedido de A, de modo que se excluye una punibilidad por homicidio doloso tanto en virtud de los §§ 211, 212 como del § 216. Como consecuencia de sus representaciones defectuosas, aquí existe objetivamente un caso de homicidio en autoría mediata (no punible aquí), llevado a cabo por la víctima A. Z solo es un instrumento y, por eso, no es punible según el § 216 (constelación inversa del n. m. 777)[69]. Actualmente, se discute con intensidad si Z puede ser sancionado al menos por homicidio imprudente, lo que el BGH afirma en el presente caso. Sin embargo, esto no puede aceptarse, pues aquí la responsabilidad por la muerte de A reside de modo exclusivo en A mismo, como consecuencia de su dominio del hecho (en forma de autoría mediata). Desde la perspectiva de Z, la cual solo sería relevante para una responsabilidad por imprudencia, se trata de un caso de puesta en peligro ajena consentida por la víctima. De acuerdo con la solución aquí defendida, ella tiene una (v. n. m. 274) fuerza justificante porque también tiene que respetarse el ámbito de responsabilidad de la víctima. Esto tampoco es impedido porque, en el caso de Z, se trate de un garante en el sentido del § 13 (cfr. n. m. 1011), pues también un garante puede respetar los deseos de autopuesta en peligro de quien se halla bajo su cuidado, siempre que su deber de garantía no esté fundamentado precisamente en la evitación de esos peligros especiales. Aquí hay que partir de ello. En ese sentido, Z tampoco puede ser sancionado por homicidio imprudente[70].

67 Cfr., al respecto, BGHSt 53, 288 (caso *Kokain*); BGH NStZ 11, 341 (caso *Drogenarzt*).

68 A favor, *Hecker/Witteck*, JuS 05, 397; *Herzberg*, NStZ 04, 1; *Küpper*, JuS 04, 757; igualmente, OLG Nürnberg JZ 03, 745 (*Russisches Roulette*).

69 Aparentemente distinto, BGH NJW 03, 2326, que aquí pone completamente en duda la autoría mediata; a favor de aquel, *Herzberg*, NStZ 04, 1.

70 En el resultado, igual que aquí, *Engländer*, JZ 03, 747; *el mismo*, Jura 04, 234; HK-GS-*M. Heinrich*, Vorbem. § 13 n. m. 143; *Roxin*, Otto-FS, p. 441; *el mismo*, Schreiber-FS, p. 399;

966 **d)** La **conducta de la víctima subordinada** genera problemas especiales. Es decir, no todo comportamiento defectuoso de la víctima puede conseguir que se excluya la responsabilidad jurídico-penal del autor imprudente por el resultado que él ha causado, bajo la perspectiva del **comportamiento alternativo correcto**. Más bien, resulta decisivo qué peso y significado le corresponde a su propio descuido o negligencia en el marco del suceso y de la producción del resultado. En tal sentido, también son posibles infracciones del cuidado de parte de la víctima que, debido a su importancia completamente secundaria frente a la infracción del deber de cuidado del autor, no excluyen la imputación objetiva del resultado contra este. Por ejemplo, si se constata que la víctima de un accidente de tránsito de todas formas habría sido lesionada mortalmente como consecuencia del comportamiento defectuoso del conductor, es decir, que también habría muerto si no se hubiera comportado descuidadamente, sino cuidadosamente, entonces, no existe ningún motivo para negar[71] la punibilidad del conductor en virtud del § 222.

967 **Ejemplo:** L, conductor de un camión, atraviesa una localidad por una peligrosa carretera cubierta de hielo, aunque con una velocidad excesiva. En una curva, L patina, el camión se arrastra sobre la calle y sube a la vereda, dando a parar contra la pared de una casa. En el mismo momento, el escolar S corre distraído por la pista, siendo alcanzado y lesionado mortalmente por el camión que patinaba sobre la vía. Sin embargo, S habría muerto igualmente aun si hubiera estado sobre la vereda y prestado atención. Aquí no tiene lugar la objeción de L de que su comportamiento contrario a las reglas del tráfico no constituiría la razón fundamental de la muerte de S, porque este habría "corrido hacia el camión" y porque también en el caso de haber conducido conforme al reglamento, S habría sido arrollado. Únicamente resulta esencial que en **la muerte de S se haya realizado el peligro creado por L** y que el desenlace mortal del suceso no haya podido ser influenciado por la falta de atención de S, porque este, como quiera que se hubiese comportado, habría sido alcanzado por el camión que patinaba sobre la vía y muerto a causa de eso. La circunstancia de que, sin su propio comportamiento defectuoso, S no hubiera sido arrollado sobre la pista, sino sobre la vereda resulta irrelevante porque el cambio de sitio del área del accidente, en el concreto caso, no tiene importancia para una consideración valorativa[72].

AnwK-StGB-*Waßmer*, § 25 n. m. 14; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 65a.

71 Igual en el resultado, *Puppe*, JR 13, 473, 474 y s.; *la misma*, Roxin-FS, p. 287, 291 ("doble causalidad de las infracciones del deber de cuidado"); también, al respecto, *Valverde*, Wolter-FS, p. 333.

72 *Jordan*, GA 1997, 349.

e) Finalmente, en los delitos imprudentes la **infracción del deber de un tercero** frecuentemente guarda relevancia como problema de imputación. En los casos anteriormente discutidos, al abordar la cuestión respecto de la evitabilidad del accidente, se trataba siempre del comportamiento del autor imprudente y de su víctima. Si el mismo resultado se hubiera producido por el **comportamiento** imprudente **de un tercero**, entonces, de acuerdo con las reglas generales, esto no excluye ni la causalidad del comportamiento contrario al deber del primer autor ni la imputabilidad objetiva del resultado típico. 968

Ejemplo[73]**:** Una colisión múltiple de automóviles se produce en una autopista que se encuentra en circunstancias de niebla extrema, pues todos los conductores intervinientes no adecuaron su velocidad a las condiciones de visibilidad. En primer lugar, C, conductor de un Citroën, chocó contra un camión, que había tenido que parar en el carril derecho debido al tráfico. Mientras que C desciende ileso de su auto, que había patinado hacia un lado, y quiere ponerse a buen recaudo, F, que conduce por el carril de adelantamiento, choca su Ford contra el Citroën y lo empuja diez metros hacia adelante, lesionando así gravemente a C, quien se encontraba precisamente saliendo de allí con prisa. Inmediatamente después, un Opel, conducido por O, choca contra el Ford; no se producen otros daños personales. En el proceso penal posterior, F aduce que a él no se le podría cargar con la lesión de C, puesto que esto también se habría producido sin su comportamiento defectuoso. Es decir, aun cuando él hubiera podido detener su automóvil a tiempo, este habría sido empujado por el choque causado por O sobre el Citroën, con la consecuencia de que C hubiese sido alcanzado por ello y hubiese resultado lesionado de la misma forma. 969

La objeción de F no impide que sea sancionado por lesiones corporales imprudentes (§ 229). No se puede dudar que él ha causado la lesión de C y que el peligro provocado por él se ha realizado en el resultado dañoso. Mediante la posterior infracción del deber de cuidado de O, que no ha influenciado en realidad la producción del resultado de lesión, no se puede suprimir el nexo de imputación entre la contrariedad del deber precedente de F y la lesión de C que se basa en aquella. En ese sentido, para los delitos imprudentes rige lo mismo que para los delitos dolosos, donde la referencia a **causas de reserva** es igualmente **irrelevante**.

Los **autores paralelos** que actúan imprudentemente tampoco pueden deshacerse de su responsabilidad por el resultado causado, haciendo referencia al comportamiento **de otro** contrario al deber, sino que más bien ambos responden por la realización del respectivo tipo penal[74]. 970

73 BGHSt 30, 228 (caso *Massenkarambolage*).

74 BGH NJW 10, 1087, 1092 (*Bad Reichenhaller Eissporthalle*), con un abordaje crít. *Stübinger*, ZIS 11, 602; *Kudlich/Schulte-Sasse*, NStZ 11, 241, 242.

971 **Ejemplo:** Dos pequeños buses, conducidos por A y B y en los que viajan trabajadores rumbo a su centro de trabajo, se encuentran en una compleja vía ubicada en una montaña, de cinco metros de ancho y llena de curvas. El lugar se encuentra bajo una densa niebla. Puesto que ambos vehículos no viajan a su extrema derecha, sino que se mueven demasiado hacia la izquierda sobre el carril del medio se produce un choque frontal. Gracias a sus cinturones de seguridad, A y B permanecen ilesos; todos los demás pasajeros sufren contusiones y fracturas. El accidente solo habría sido evitado si **ambos** buses hubieran utilizado el lado derecho extremo de su carril. Aquí A y B, independientemente uno de otro, han desatendido la regla de conducir sobre el lado derecho de la vía (§ 2 II StVO). Cada uno de ellos podría hacer valer que, dada la escasa amplitud de la vía, la colisión y la lesión de los pasajeros también se hubiera producido, si *él* se hubiera comportado correctamente y conducido pegado a su derecha. Sin embargo, ninguno de ellos se eximiría de la sanción en virtud § 229 ya solo por ello. Puesto que aquí se trata de un caso de la denominada "causalidad alternativa" (v. n. m. 222), tanto A como B han colocado una *conditio sine qua non* para el accidente. Si ambos buses hubieran transitado por el lado derecho extremo, el accidente habría sido evitado. Por lo mismo, hay que afirmar la imputación objetiva respecto a A y B, puesto que en la colisión se ha realizado precisamente el peligro creado mediante la infracción de ambos contra el mandato de conducir a la derecha. Por eso, el accidente puede imputarse a cada uno de ellos como "su obra"; cada uno es responsable[75] de la producción del resultado como **autor paralelo**. Nadie puede desatender los deberes de cuidado que le incumben a sí mismo, confiando en que otros respetarán las reglas del tráfico.

En general, sobre la intervención de un tercero que actúa dolosa o imprudentemente, v. n. m. 234 y ss, 276.

III. Antijuridicidad y culpabilidad en los delitos imprudentes

1. Causas de justificación

972 Al igual que en los hechos dolosos, en los hechos imprudentes la realización del tipo del injusto también constituye un **indicio** de su **antijuridicidad**. Si bien el prototipo legal de las causas de justificación se orienta a un comportamiento doloso, también los delitos imprudentes pueden ser justificados.

En ese sentido, el § 32 también justifica todos los **efectos no deseados** de la defensa que pertenezcan a los riesgos típicos de la clase de defensa elegida legítimamente (cfr. n. m. 505). Si en un actuar doloso, un comportamiento defensivo estuviera cubierto por la legítima defensa, con mayor razón tendría que valer lo mismo en caso de una causación imprudente del resultado[76]. Además, en el ámbito de la imprudencia también viene en consideración una

75 Cfr. BGHSt 30, 228, 232 con observaciones *Kühl*, JR 83, 32 y *Puppe*, JuS 82, 660; BGHSt 37, 106, 131; BayObLG VRS 19, 353; de otra opinión, *Magnus*, Jura 09, 390; más profundamente, *Puppe*, Frisch-FS, p. 447.

76 BGHSt 25, 229; 27, 313; BGH NStZ 01, 591 (caso *Warnschuss*), con observaciones *Otto*; *Kretschmer*, Jura 02, 114; *Seelmann*, JR 02, 249; también, al respecto, *Eisele*, JA 01, 922;

justificación en virtud del § 34 (estado de necesidad justificante)[77], § 127 StPO (derecho de arresto)[78] o mediante el consentimiento del afectado por el riesgo de lesión[79]. Incluso, cuando se trata de riesgos que ponen en peligro la vida puede existir un consentimiento justificante en la puesta en peligro de terceros, siempre que esa puesta en peligro acordada se equipare a una intervención no punible en una autopuesta en peligro imprudente (de otra opinión, la jurisprudencia y la literatura dominante, v. n. m. 274). Un "comportamiento conforme al tráfico" no es, contrariamente a lo señalado en BGHZ 24, 26, una causa de justificación, sino que tiene como consecuencia la ausencia de una infracción del deber de cuidado y, con ello, del desvalor de la acción en el ámbito del tipo imprudente (v. n. m. 948).

973 Puesto que el autor imprudente precisamente no provoca el resultado con conocimiento y voluntad, no puede imponerse al **elemento subjetivo de la justificación** (v. n. m. 401 ss.) las mismas exigencias que para los delitos dolosos. Una gran parte de la doctrina considera que un elemento subjetivo resulta aquí completamente superfluo[80]; otros defienden correctamente una modificación y exigen, por ejemplo, en la legítima defensa una "voluntad genérica de repeler" en lugar de la "voluntad defensiva" exigida en los hechos dolosos (v. n. m. 532).

Ejemplo:

R asalta al guardabosque F, a quien erróneamente considera desarmado y, amenazándolo con un cuchillo, le exige la entrega del perro salchicha "Waldi". Con la intención de repeler la agresión, F realiza en principio un disparo de advertencia con su arma con la esperanza de que R se esfume. Esto no sucede. Mientras está pensando en la nueva medida de disuasión que tiene que utilizar, a F se le escapa un disparo, el cual provoca una ligera herida en la pantorrilla de R. Dado que aquí existía una voluntad genérica de repeler el ataque y que incluso en caso de una comisión dolosa del hecho concurriría una justificación, entonces también las lesiones corporales imprudentes están cubiertas por la legítima defensa (§ 229).

Cuando no existe el elemento subjetivo de la justificación, entonces, el hecho no está justificado. Sin embargo, de acuerdo con la opinión aquí defendida (v. n. m. 406), se excluye la punibilidad, pues el desvalor del resultado es compensando mediante la situación de justifi-

Gropp, en: Gropp/Öztürk/Sözüer/Wörner, Beiträge zum deutschen und türkischen Strafrecht und Strafprozessrecht, 2010, p. 237; SK-*Hoyer*, similar § 16 n. m. 89; LK-*Vogel*, § 15 n. m. 310; véase, también *Beulke*, Jura 88, 646.

77 OLG Düsseldorf VRS 30, 445; OLG Schleswig VRS 30, 462; *Mitsch*, GA 2006, 11, 14 y s.

78 OLG Stuttgart NJW 84, 1694.

79 BGH DAR 59, 301; Geppert, ZStW 83 [1971], 947; *Jescheck/Weigend*, AT, § 56 II 3.

80 Por todos: Matt/Renzikowski-*Engländer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 9; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 92.

cación objetivamente existente, de modo que únicamente existe una "tentativa imprudente" no punible[81].

2. La culpabilidad de la imprudencia

974 **a)** Aquí **culpabilidad** significa también la **reprochabilidad del hecho** referida a la actitud jurídicamente reprobable ante las exigencias de comportamiento impuestas por el ordenamiento jurídico, que se expresa en ella. Respecto a la **imputabilidad** y a la **conciencia del injusto**, vale lo mismo que para la comisión dolosa del hecho.

975 **b)** El **reproche de la culpabilidad imprudente** se fundamenta por medio de la constatación de que el autor, de acuerdo con sus **facultades personales** y con la medida de su **capacidad individual**, era capaz de reconocer el deber objetivo de cuidado y de satisfacer las exigencias de cuidado resultantes de él (criterio **subjetivo**).

Esta capacidad puede faltar en caso de defectos físicos o psíquicos; también puede excluirse definitiva o temporalmente en el caso concreto como consecuencia del miedo, por una equivocación o situaciones semejantes totales o temporales[82].

En el caso de los delitos imprudentes de resultado, el resultado típico y el curso causal tienen que haber sido **subjetivamente previsibles** en cuanto a sus rasgos esenciales[83].

Para la **jurisprudencia**, basta con que el autor haya podido prever **la consecuencia en su resultado final**. Sin embargo, su responsabilidad debe excluirse respecto de los acontecimientos y cursos del suceso que resultan bastante alejados de la experiencia de la vida y con los que tampoco podía contarse[84] en caso de haberse observado el cuidado requerido e individualmente exigible.

Para una concepción alternativa de la ubicación en el tipo de la infracción subjetiva del cuidado (v. n. m. 929).

81 Igualmente: MK-*Duttge*, § 15 n. m. 200 s.; *Rengier*, AT, § 52 n. m. 66 y ss.; *Roxin*, AT I, § 24 n. m. 102 y s.; véase también *Beulke*, medstra 15, 67, 75.

82 BGH VRS 10, 213; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 195.

83 Más detalladamente, OLG Hamm VRS 61, 353, 355; *Jescheck/Weigend*, AT, § 57 III; *Puppe*, JZ 89, 728; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 15 n. m. 199 y ss.

84 Instructivo, al respecto, BGHSt 3, 62; 12, 75; BayObLG NJW 98, 3580; OLG Nürnberg NStZ-RR 06, 248.

c) En los comportamientos llevados a cabo con imprudencia consciente, la **976**
inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma puede tener un efecto disculpante mayor que para los hechos dolosos[85].

IV. El elemento de la imprudencia en las combinaciones dolo-imprudencia

Junto a los delitos puramente dolosos e imprudentes, el StGB también con- **977**
tiene **tipos mixtos** que **requieren dolo** respecto a la acción y al menos **imprudencia** respecto a una **especial consecuencia del hecho**. A ellos pertenecen, por un lado, los **delitos cualificados por el resultado**, los cuales, como los §§ 226 I, 227, entre otros, están vinculados a la realización dolosa de un delito básico amenazado independientemente con una pena, y que adicionalmente requieren la producción de una consecuencia especial del hecho, la cual, en virtud del § 18, tiene que atribuirse al menos por imprudencia al autor. Por otro lado, tiene que mencionarse aquí a las genuinas **combinaciones dolo-imprudencia**, en las cuales el ámbito doloso del tipo por sí mismo no resulta punible de modo independiente (así, por ejemplo, §§ 308 V, 315 V, 315a III Nr 1, 315b IV, 315c III Nr 1)[86]. La ley trata estos tipos mixtos, en virtud del § 11 II, como **delitos dolosos** con todas las consecuencias resultantes de ello (por ejemplo, en el ámbito de la participación y de la tentativa).

En cuanto al elemento de la imprudencia de estos delitos, hay que tener en cuenta que aquí la **infracción del deber de cuidado** ya está contenida regularmente en la acción dolosa, en tanto se trata de la inobservancia del cuidado exigido en las relaciones y de la evitabilidad objetiva de la realización del tipo. La opinión dominante deduce de ello que, en los delitos cualificados por el resultado (por ejemplo, el § 227), la constatación de la imprudencia (§ 18) se limita a la **previsibilidad** de la consecuencia especial del hecho[87]. Sin embargo, ello no puede ser aceptado de modo general. Debido a que en la producción del resultado cualificado tiene que haberse realizado un "peligro específicamente típico", inherente al delito básico (v. n. m. 38), siempre se requiere también la **posibilidad de reconocimiento** de ese

85 Cfr. RGSt 30, 25 (caso *Leinenfänger*) con discusión *Achenbach*, Jura 97, 631; *Hardtung/Putzke*, AT, n. m. 919; *Jescheck/Weigend*, AT, § 57 IV; rechaza ello SK-*Hoyer*, similar § 16 n. m. 101; *Schlee*, Zumutbarkeit bei Vorsatz-, Fahrlässigkeits- und Unterlassungsdelikten, 2009, 399; MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y s. n.m 278; diferenciadamente, *Maiwald*, Schüler-Springorum-FS, p. 475; respecto al error de prohibición en los delitos imprudentes, véase Arzt, ZStW 91 [1979], 857; respecto al error sobre el tipo permisivo, *Börner*, GA 2002, 276; *Ludes/Pannenborg*, Jura 13, 24.

86 En ese sentido, con una posición contraria, *Noak*, JuS 05, 312.

87 Cfr. BGHSt 24, 213; BGH NStZ 01, 478; *Jescheck/Weigend*, AT, § 54 III 2.

contexto de peligro específico del tipo[88]. Además, cuando la ley (como, por ejemplo, en el § 251) requiere una provocación de la consecuencia especial a causa de una **imprudencia grave**, tendrá que exigirse una infracción más intensa del deber de cuidado, relevante para el resultado[89]. Respecto a las **cuestiones estructurales** vinculadas a ello (cfr. n. m. 1208).

978 Cuando **varias personas** intervienen en un delito cualificado por el resultado, luego de afirmar el tipo básico respectivo, hay que comprobar de forma separada para **cada uno** de los intervinientes si se le puede atribuir imprudencia o temeridad respecto a la consecuencia cualificada del hecho. Existe unanimidad en cuanto al resultado; únicamente se discute acerca del fundamento legal: junto al (§ 18[90], se recurre parcialmente al § 11 II[91] y, en parte, al § 29[92]).

Si, por ejemplo, A, regalándole dinero a B, lo motiva a golpear a C con un palo, y luego C muere a causa de las lesiones en la cabeza que se le han infligido, entonces, A solo puede ser sancionado por **instigación a lesiones corporales con resultado de muerte** (§§ 227, 26) cuando a él le corresponde un reproche por imprudencia respecto al resultado de muerte. Esto es válido sin considerar si B, como autor principal, tiene que ser sancionado[93] únicamente por lesiones corporales peligrosas (§ 224), por lesiones corporales con resultado de muerte (§ 227) o posiblemente, incluso, por homicidio (§ 212).

979 En el **caso n.º 18a**, A no ha cometido (v. n. m. 949) un homicidio imprudente (§ 222), pues falta una infracción del deber objetivo de cuidado.

En el **caso n.º 18b**, si bien A ha infringido su deber objetivo de cuidado, sin embargo, puesto que el accidente también era inevitable en caso de haberse conducido con una velocidad adecuada, no se le puede imputar (v. n. m. 960).

En el **caso n.º 18c**, se ha configurado el § 222 (v. n. m. 960).

En el **caso n.º 18d**, la muerte del niño no se le puede imputar a A como consecuencia de la ausencia de un nexo de infracción del deber, de modo que queda excluida una sanción por el § 222; pero queda incólume la punibilidad según el § 316 (v. n. m. 960).

88 Acertadamente, *Wolter*, JuS 81, 168, 170 y ss.; véase al respecto, también *Kühl*, Jura 02, 814; 03, 19; *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, p. 151; incluso, más restrictivo: SK-*Rudolphi/Stein*, § 18 n. m. 19.

89 Matt/Renzikowski/*Gaede*, § 15 n. m. 46; *Radtke*, Jung-FS, p. 737-747.

90 *Krey/Esser*, AT, n. m. 1378; NK-*Paeffgen*, § 18 n. m. 132; *Sowada*, Jura 95, 646.

91 *Frister*, AT, 28. Cap. n. m. 3; *B. Heinrich*, AT, n. m. 1282; *Küper*, Kühl-FS, p. 315.

92 BGHSt 19, 339, 341 y s. (§ 50 StGB, antigua versión); *Fischer*, § 18 n. m. 5; S/S-*Sternberg-Lieben/Schuster*, § 18 n. m. 6.

93 Más profundamente, *Rengier*, Erfolgsqualifizierte Delikte, p. 249 y ss., 258; *Stuckenberg*, Jakobs-FS, p. 693; LK-*Vogel*, § 18 n. m. 68 y s.

Jurisprudencia actual sobre el § 18:

— BGHSt 55, 121 y BGH StV 13, 150 (caso *Brechmittel*): Responsabilidad por asunción de un médico que actúa en virtud del § 81a I StPO; reprochabilidad subjetiva a pesar de una sobreexigencia personal a causa de los especiales deberes *de lege artis* propios del oficio (cfr. n. m. 940).

— OLG Hamburg NStZ-RR 15, 209 (caso *Übungsleiter*) con discusión *Eisele*, JuS 15, 945: Respecto a la determinación del baremo de cuidado que corresponde a un instructor *ad honorem*, considerando las reglas de conducta de los clubes deportivos, el grado de desarrollo psíquico y moral de los participantes, las circunstancias temporales y espaciales, así como la utilidad para el bien común, en el caso de una lesión mortal de un niño ocasionada como consecuencia de la orden de volver a levantar las porterías de fútbol, que el instructor dio a los jóvenes que participaban de la práctica (cfr. n. m. 943).

— OLG Hamm NZV 16, 242 (*Geschwindigkeitsüberschreitung*) con discusión *Eisele*, JuS 16, 80: En casos de exceso de velocidad en el tráfico viario, tiene que afirmarse el nexo de contrariedad al deber cuando el accidente no hubiese sucedido si al presentarse la situación de tráfico crítica, el conductor no hubiera conducido con una velocidad más alta que la permitida (cfr. n. m. 952 y ss.).

— BGH NStZ 13, 231: Para la cuestión de si un accidente de tránsito causado bajo la influencia del alcohol era objetivamente previsible, resulta irrelevante cómo habría acontecido el suceso si el conductor hubiera estado sobrio. Más bien lo decisivo es si el accidente también se hubiera producido en caso de una velocidad más baja, adecuada al grado de ebriedad de conductor (cfr. n. m. 952, 960).

— BGH NJW 14, 1680 (caso *Substitution*): No es punible la intervención imprudente en una autopuesta en peligro, en concreto, mediante la utilización abusiva por parte del paciente del remedio opiáceo prescrito por el médico, en el marco de una terapia de sustitución, siempre que no exista ningún dominio de la acción en virtud de un conocimiento superior, ni tampoco alguna limitación relevante de la facultad de la víctima de decidir autorresponsablemente sobre la asunción del riesgo (cfr. n. m. 964).

Parte IV

Los delitos de omisión

§ 19 Delitos de omisión propia y delitos de omisión impropia. La colisión de deberes

Caso n.° 19

A, quien se halla de regreso a casa de sus padres, encuentra esta en llamas. A se percata que B, su hermano de 8 años, se halla detrás de una ventana del piso superior. Mientras tanto, su abuela G, quien se encuentra al otro lado de la casa pero también en el piso superior, pedía ayuda. Como consecuencia de un error inevitable en esta situación (presencia de humo, etc.) A cree que G es su vecina N, quien frecuentemente va a tomar el té. El fuego al interior de la casa impide que B y G puedan huir. A se da cuenta que el ático amenaza con derrumbarse rápidamente y que solo le queda tiempo para salvar a uno de ellos con ayuda de una escalera. Poco después de haber tomado la decisión y de haber puesto a salvo a B el techo se derrumba, como consecuencia de lo cual G muere. **980**

a. ¿Cómo tiene que valorarse jurídico penalmente el caso? (**n. m. 994, 998, 1003, 1027, 1029, 1031 y 1053**).

b. ¿Cuál sería la situación si A reconoce a G y no obstante salva a B? (**n. m. 1037 y 1053**).

c. ¿Cuál sería la situación, si en la casa que está en llamas se encuentra F, la mejor amiga de A y su hermano B (a quien él cuida) y A salva a F, de modo que B muere, y A cree que el derecho le permite tomar esa decisión? (**n. m. 1039 y 1053**)

d. ¿Cuál sería la situación si A salva a B, de modo que es F quien muere al derrumbarse la casa? (**n. m. 1051 y 1053**).

I. Clasificación y delimitación de los delitos de omisión

1. Delitos de omisión propia e impropia

981 Los **delitos de omisión** se clasifican en dos grupos estructuralmente diferentes:

982 **a) Los delitos de omisión propia** son aquellos delitos que se reducen[1] a la infracción de una **norma de mandato**, es decir, a la mera omisión de una actividad exigida por la ley.

Los delitos de omisión propia, como, por ejemplo, el hecho de no retirarse en el caso de la violación de domicilio (§ 123.I Alt. 2), el no denunciar un delito (§ 138), abandonar a alguien dejándolo en situación de desamparo (§ 221.I Nr 2)[2] y la omisión de socorro (§ 323c), constituyen la contraparte de los delitos de mera actividad (v. n. m. 39); como ejemplos adicionales puede mencionarse aquí los §§ 266.I, 283.I Nr 7b, 326.III, 328.II Nr 1. Si bien, en todos estos casos la no ejecución de la acción exigida legalmente puede estar conectada a consecuencias socialmente dañosa; sin embargo, para la punibilidad del comportamiento no es relevante el correspondiente resultado, sino únicamente **la omisión del hacer jurídicamente exigido**. Así, por ejemplo, quien no presta ayuda a la víctima de un accidente, a pesar de que esto le era posible y exigible, será sancionado por el § 323c y no por homicidio (§§ 212, 211, 222), aun cuando la víctima sucumba a sus lesiones, si a aquel no le incumbía **ningún deber de protección especial** ante la víctima. El destinatario de la norma no tiene que garantizar aquí la evitación del resultado, más bien, en los delitos de omisión propia solo se le exige un comportamiento con fines de prevención de daños.

983 **b)** Por el contrario, los **delitos de omisión impropia**[3] son aquellos hechos punibles en los que quien lleva a cabo la omisión **está obligado como garante a la evitación del resultado** y en los que la omisión corresponde valorativamente a la realización del tipo legal mediante un hacer activo (§ 13). Los delitos de omisión impropia son un reflejo de los delitos comisivos y la mayoría de las veces constituyen el equivalente a los delitos de resultado (v. n. m. 37). La producción del resultado desaprobado pertenece aquí al tipo del injusto. Un garante que infringe el deber que se le ha impuesto para la

1 BGHSt 14, 280, 281; más profundamente, *Jescheck/Weigend*, AT, § 58.III 2; *Kühl*, JA 14, 507.

2 BGHSt 57, 28 con observaciones a favor *Jäger*, JA 12, 154 y *Theile*, ZJS 12, 389 así como con observaciones crít. *Freund/Timm*, HRRS 12, 223; *Krüger/Wengenroth*, NStZ 13, 101 y *Momsen*, StV 13, 54; véase también *Ladiges*, JuS 12, 688.

3 Más profundamente, *Ransiek*, JuS 10, 490, 585 y 678; crít. sobre el concepto: *Bringewat*, Grundbegriffe des Strafrechts, 2. ed. 2008, n. m. 343; MK-*Freund*, § 13 n. m. 60; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 16.

evitación del resultado realiza un tipo penal que está estructurado legalmente como un delito de comisión y al cual subyace primariamente una **norma de prohibición.**

En ese sentido, el § 212 se basa en la norma de prohibición: "¡No debes matar!" Si bien esta desaprobación de la eliminación de la vida se dirige en primer lugar contra el hecho de matar a otro por medio de un hacer activo, sin embargo, no está limitada a ello. Pues para la valoración jurídica del hecho no hace ninguna diferencia si una mamá envenena dolosamente a su pequeño hijo o si ella lo deja morir de hambre. Para la causación del resultado por medio de un hacer activo es típicamente igual la provocación o la no evitación del resultado mortal mediante una omisión contraria al deber. En todos estos casos existe una infracción de la prohibición de matar; en el caso de dejar morir de hambre, la madre lesiona al mismo tiempo un específico deber jurídico de actuar (deber de evitar el resultado).

El § 13 legitima la derivación de los delitos de omisión impropia desde los **984**
tipos de comisión, lo cual era anteriormente ya reconocido consuetudinariamente, sin embargo, en estos casos (a diferencia de los delitos de omisión propia[4]) admite una **atenuación facultativa de la pena** en el marco de una ponderación general en la que junto a las concretas circunstancias del hecho tiene que considerarse todos los criterios que informan respecto al desvalor de la acción y respecto a la cuestión acerca de si la omisión es menos relevante en relación con el correspondiente hecho comisivo[5]. La adecuación de los preceptos penales concebidos para los hechos comisivos a las especificidades del hecho omisivo solo puede alcanzarse por la vía de la complementación judicial del tipo. La jurisprudencia y la doctrina se encuentran aquí frente a la tarea de desarrollar criterios adecuados para definir cuándo alguien tiene que "garantizar jurídicamente la evitación del resultado típico" **como garante,** y bajo qué circunstancias la omisión "**corresponde** a una realización del tipo legal por medio de un hacer activo"[6]. Sobre la estructura (cfr. n. m. 1205.)

4 BGHSt 57, 28; diferenciadamente, *Freund/Timm*, HRRS 12, 223, 234.

5 BGH JR 82, 464; 99, 292; más profundamente, *Loos*, Samson-FS, p. 81; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 99 s.

6 V. *Jähnke*, BGH-Prax-FS, p. 393, 401 s; sobre el delito de omisión, también *Bung*, ZIS 16, 340, 342; *Dencker*, Stree/Wessels-FS, p. 159; *Freund*, Erfolgsdelikt und Unterlassen, 1992; *el mismo*, *Herzberg*-FS, p. 225; *Herzberg*, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, 1972; *Schünemann*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, 1971; *el mismo*, Amelung-FS, p. 303; *Struensee*, JZ 77, 217; *Vogel*, Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1993.

2. La delimitación entre hacer y omitir

985 Si se parte de la apariencia externa, comisión y omisión pueden distinguirse fácilmente la mayoría de veces. Hace algo, quien pone en marcha un suceso causal mediante el uso de energía o lo encauza en una determinada dirección; omite algo, quien deja que las cosas sigan su curso y no hace uso de la posibilidad de intervención. Por el contrario, es complicada la respuesta a la cuestión acerca de cuál es el punto de referencia decisivo para la valoración jurídico penal en el caso de **comportamientos ambiguos** y si la apariencia externa del comportamiento determina ya siempre automáticamente su calificación jurídica como hecho comisivo u omisivo.

986 **a)** En ese sentido, surgen dudas en el **ámbito de la imprudencia,** puesto que aquí la ejecución de la acción siempre está conectada con un momento omisivo, a saber, con la desatención del cuidado exigido.

Si el motociclista R atropella y lesiona al peatón F como consecuencia de haber conducido de noche sin utilizar la iluminación, surge la cuestión acerca de si la causa del resultado ha sido un hacer activo (conducir sin luz) o una omisión (no colocar o no encender el dispositivo de luces). La respuesta a ello es de una gran relevancia porque la punibilidad de un delito de omisión impropia requiere de un especial deber jurídico de actuar en el sentido de un deber de garante.

987 Los problemas de delimitación que existen al respecto no han sido aclarados hasta ahora de un modo satisfactorio. Sin embargo, podría reconocerse ampliamente que la distinción entre hacer y omitir no puede llevarse a cabo con base a un fundamento meramente óntico o empírico. Más bien se trata de una **cuestión valorativa** que no se deja responder únicamente de la mano de la constatación externa ni recurriendo exclusivamente al criterio de la utilización de energía[7] o de la causalidad[8]. Tampoco una combinación de estos dos criterios[9] lleva siempre a resultados adecuados en situaciones límite. Por lo demás, en las constelaciones de casos que son problemáticas está descartado asumir un hacer positivo tanto como una omisión y, por consiguiente, partir

7 *Brammsen*, GA 2002, 193; MK-*Freund*, § 13 n. m. 8 y ss.; similar *Gössel*, Kühl-FS, p. 225.
8 *Roxin*, AT II, § 31 n. m. 78 y ss.; *Samson*, Welzel-FS, p. 579; *Streng*, ZStW 122 [2010], 1.
9 MK-*Duttge*, § 15 n. m. 210; *Herzberg*, Röhl-FS, p. 282; *Joecks*, St-K § 13 n. m. 15; *Sieber*, JZ 83, 431; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 7.

de una primacía general del hacer positivo[10], ya que una omisión parece poco imaginable sin un hacer positivo simultáneo, de modo que de acuerdo con esta solución, en rigor casi nunca se podría hallar la vinculación a una omisión. Por eso, de acuerdo con la jurisprudencia hay que orientarse por dónde, de acuerdo con una valoración normativa, reside **lo esencial del comportamiento jurídico penalmente relevante** considerando el sentido social de la acción, para lo cual pueden servir como punto de partida los criterios de la utilización de la energía y la causalidad[11].

En el caso *Radleuchten*[12], la opinión dominante parte acertadamente de un delito comisivo imprudente (§ 229): lo esencial de la reprochabilidad reside aquí en el hacer activo que causa el resultado (participación en el tráfico viario por medio de la conducción sin luces). En ese sentido, el "momento omisivo" del hecho imprudente es solo una modalidad requerida por la ejecución de la acción[13]. Igualmente se puede solucionar el frecuentemente citado caso *Ziegenhaar* (en español, "pelos de cabra"), en el cual un fabricante había causado la muerte de varias trabajadoras mediante la entrega de pelos de cabra no desinfectados[14]. Finalmente, el caso *Hepatitis*[15] tampoco ha de resolverse de un modo distinto. Un cirujano enfermo de hepatitis B había contagiado a doce pacientes durante la práctica de operaciones al corazón. La infracción del deber de cuidado consistía en que él no se había sometido a ningún chequeo. Puesto que el sentido real de la acción es determinado solo con la ejecución de las operaciones tiene que partirse de un hacer activo.

b) También pueden surgir dificultades para la delimitación en el caso de un comportamiento doloso, especialmente, en aquellos casos en los que alguien ha ido a parar a una situación peligrosa y otro **interrumpe sus propios es-** **988**

10 *Frister*, AT, 22. Cap. n. m. 10; *Jakobs*, AT, 28/4; *Kindhäuser*, LPK, § 13 n. m. 72; *Puppe*, AT, § 28 n. m. 3 y 8; T. *Walter*, ZStW 116 [2004], 555.

11 BGHSt 6, 46, 59; 49, 147, 164 (*Bremer Vulkan*); 51, 165, 173 (caso *Hoyzer*); S/S-*Streel Bosch, Vorbem.* §§ 13 y ss. N. m. 158a; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 7; crít. MK-*Freund*, § 13 n. m. 5 y ss.; *Freund/Timm*, HRRS 12, 223, 226; *Hettinger*, Paulus-FS, p. 82 y ss.; *Hoyer*, Strafrechtsdogmatik nach Armin Kaufmann, 1997, p. 346; *Merkel*, Herzberg-FS, p. 193; *Struensee*, Stree/Wessels-FS, p. 133; *Zieschang*, AT, n. m. 47; véase sobre todo también *Ast*, Normentheorie und Strafrechtsdogmatik, 2010, p. 81 y ss.; *el mismo*, ZStW 124 [2012], 612 y ss.; *Kahlo*, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, 2001; *Kasiske*, AT, n. m. 294; *Kuhlen*, Puppe-FS, p. 669; *Otto*, Jura 00, 549; *Ransiek*, JuS 10, 493.

12 RGSt 63, 392.

13 Cfr. *Jescheck/Weigend*, AT, § 58.II 2.

14 RGSt 63, 211; más detalladamente *Engisch*, Gallas-FS, p. 163, 184.

15 BGH JR 04, 33 con observaciones a favor en el resultado *Duttge* und *Ulsenheimer*, StV 07, 77.

fuerzos de rescate que parecerían poder tener éxito o frustra las **acciones salvadoras de otro**.

989 La frustración de las posibilidades efectivas de salvación mediante una **intervención activa en las acciones de salvación ajena** por la vía de la coacción o del engaño tiene que valorarse siempre como un hacer activo. Si aquí se impide la utilización de determinados equipos de salvación, entonces no son relevantes las relaciones de propiedad[16]. Solo queda espacio para la aceptación de un delito de omisión (§ 323c), cuando la ayuda necesaria es rehusada mediante una mera inactividad del agente.

Ejemplo de un hacer: X, quien ha caído en un pozo y pide ayuda se ahoga, porque A golpea a B, quien quería salvar a X, y arroja su soga de salvamento a una quebrada inaccesible para impedir la salvación de X.

Ejemplo de omisión: A, quien justamente porta una soga, se dirige hacia una construcción cuando B le pide entregarle la soga, con la cual este quería rescatar a X, quien había caído en el pozo. A sigue su camino impasible, pues no tiene ningún interés en que X sea rescatado.

990 La **interrupción de los esfuerzos propios** representa una omisión cuando ocurre antes de que la acción salvadora alcance el objeto en situación de peligro y se ha abierto para este una posibilidad de salvación realizable. Luego de este momento tiene que valorarse el fracaso del resultado de salvación como un hacer activo.

Ejemplo de un hacer: A ha bajado una soga de rescate a X, quien ha caído en un pozo y a quien, con ayuda de la soga, ya ha logrado hacer ascender un poco. Luego de que A se da cuenta de que X era su rival, a quien odia, suelta la soga y deja voluntariamente que A se caiga y ahogue.

Ejemplo de omisión: A quiere ayudar a X, quien se halla en un pozo, y se conforma con lanzarle una soga, la cual jala antes de que X la haya cogido[17].

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II, n. m. 148

16 Más detalladamente, *Roxin*, Engisch-FS, p. 380, 387; *Silva Sánchez*, Frisch-FS, p. 299; S/S-*Streel/Bosch*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 159 s.

17 Más profundamente *Kühl*, JA 14, 507, 510; *Roxin*, Spinellis-FS, p. 945; *el mismo*, AT II, § 31 n. m. 109 y ss.; rechazando ello MK-*Freund*, § 13 n. m. 4, 11; *Herzberg*, Röhl-FS, p. 270; *Rengier*, AT, § 49 n. m. 23, quienes quieren sancionar en ambos casos con base en el § 212; distinto también *T. Walter*, ZStW 116 [2004], 555, 568, quien en ambos casos se pronunciaría a favor de la ausencia de sanción porque X aún no tendría ninguna posición jurídicamente protegida.

c) Hasta ahora, la renuncia a las medidas dirigidas a conservar o a prolongar la vida en el ámbito de la denominada **eutanasia pasiva** (cfr. n. m. 468) ha sido valorada de acuerdo con principios parecidos. **991**

La desconexión de un respirador artificial o la interrupción de una sonda que sirve para la alimentación artificial por parte del médico encargado del tratamiento o por el personal de asistencia que sigue su orden es considerada hasta ahora como una omisión (de esfuerzos adicionales de salvación) por la jurisprudencia y la literatura dominante (denominada "**omisión mediante un hacer**"), con base en una consideración normativa de acuerdo con el sentido de la acción, de modo que por lo general se excluye una punibilidad debido a la ausencia de un deber de garante[18]. En cambio, las respectivas acciones llevadas a cabo por terceros, por ejemplo, los parientes del paciente, son consideradas como un hacer activo y con ello como una muerte causada dolosamente.

Esta forma de legitimar la eutanasia pasiva por parte de un médico ha sido bastante *criticada* en la literatura: la reinterpretación de un comportamiento activo (por ejemplo, desconectar un respirador artificial) en una "omisión entendida normativamente" sería no solo altamente dudosa desde la perspectiva dogmática sino que además llevaría a veces a resultados aleatorios y no adecuados[19]. **992**

En el marco de su innovadora **decisión del 25.6.2010**, la 2.ª Sala Penal del BGH se adhirió a esta crítica[20]. En lo sucesivo, también las prácticas médicas debían ser valoradas con base en una perspectiva naturalística y dado el caso, ser clasificadas como un hacer activo. Sin embargo, si se trata de una denominada **interrupción del tratamiento** (v. n. m. 469), en el resultado ello sigue careciendo de punibilidad, puesto que el consentimiento del paciente despliega un **efecto justificante** (v. n. m. 550). Por lo contrario, si la interrupción del tratamiento tiene lugar —también sobre la base de un enjuiciamiento naturalístico— mediante una omisión (un médico ya no suministra a un paciente comatoso ninguna solución nutritiva), entonces la punibilidad queda excluida (como hasta ahora) ya usualmente por la ausencia de un deber de garantía (= de tratamiento), puesto que su extensión depende de la volun- **993**

18 Cfr. solamente BGHSt 40, 257, 265 s; *Albrecht*, Schreiber-FS, p. 551; *Frister*, Samson-FS, p. 19, 27 s; *Jäger*, ZStW 115 [2003], 769; Roxin/Schroth-*Roxin*, p. 95; *Schöch*, NStZ 95, 153, 154; *Schroth*, GA 2005, 551; *Streng*, Frisch-FS, p. 739, 749 y ss.; más detalladamente *Schneider*, Tun und Unterlassen beim Abbruch lebenserhaltender medizinischer Behandlung, 1997.

19 *Gropp*, Schlüchter-FS, p. 173; *Joecks*, St-K, § 13 n. m. 14 s; *Kargl*, GA 1999, 459.

20 BGHSt 55, 191, 201 y ss. (caso *Putz*) con discusión *Ast*, ZStW 124 [2012], 612, 623 y ss.; *Dölling*, ZIS 11, 345; *Eidam*, GA 2011, 232; *Kubiciel*, Ad legendum 11, 361; *Rosenau*, Rissing-van Saan-FS, p. 547; *Uhlig/Joerden*, Ad legendum 11, 369; *Walter*, ZIS 11, 76.

tad del paciente. En ese sentido, en casos de una interrupción del tratamiento en el resultado ya no es relevante la clasificación de la acción concreta como un hacer activo o como una omisión. Estos principios deben valer no solo para el médico, asistente o apoderado del paciente, sino también para todo tercero que entra a tallar como colaborador en el tratamiento o la asistencia (v. n. m. 575).

Esta nueva jurisprudencia[21] no está vinculada con una tarea de la "fórmula del punto esencial" (v. n. m. 987). Solo el comportamiento del médico es valorado de un modo distinto. Por eso, más allá de los casos de la interrupción del tratamiento, las intervenciones específicas en la vida de una persona que constituyen un hacer activo desde una perspectiva naturalística también son punibles como eutanasia activa aun cuando sean realizadas por un médico (v. n. m. 552). Esto vale sobre todo para terceros externos.

Ejemplo:

El médico que realiza el tratamiento aprieta un botón y apaga el respirador al que está conectado el paciente agonizante a cambio de un pago y a pedido del heredero codicioso. Aquí se sancionará al médico en virtud del § 211 y al heredero en virtud de los §§ 211, 26.

▶ Ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II, n.m. 281.

II. El tipo de los delitos de omisión impropia

994 En el **caso n.° 19a**, A podría haberse hecho punible de homicidio (§ 212). Puesto que él no ha provocado la muerte mediante un hacer positivo tiene que constatarse si A ha realizado el tipo de homicidio por omisión (§§ 212, 13) respecto de su abuela G.

1. La producción del resultado típico

995 De acuerdo con el § 13 pertenece al tipo objetivo de un delito de omisión impropia la **producción del resultado típico**, por ejemplo, el resultado mortal en el § 212.

21 BGHSt 56, 277, 286, n. m. 43 (caso *Schönheitsoperation*); BGHSt 59, 292, 296 (caso *Oury Jalloh*); BGH NJW 15, 1190, n. m. 9.

2. La omisión de la acción exigida y posible

A ello tiene que agregarse la **omisión** de la **acción de salvación necesaria** en la concreta situación de peligro, es decir, de hacer dentro **de las posibilidades físico-reales** lo jurídicamente exigido de un modo razonable o, dado el caso, de disponerlo con ayuda de terceros. **996**

Omitir no significa un "no hacer nada" pasivo, sino no ejecutar una actividad determinada jurídicamente exigida. Lo que ha de hacer el destinatario de la norma tiene que determinarse de modo objetivo y depende de las circunstancias del caso individual. Quien, por ejemplo, no puede ayudar por sí mismo a una persona gravemente herida tiene que avisar a un médico, llamar a una ambulancia o comenzar con otras medidas adecuadas de salvación.

Sin embargo, jurídicamente solo es exigible lo que en la situación de peligro era física y realmente posible para el destinatario de la norma[22]. Lo que resulta imposible de un modo objetivo no puede ser omitido ya desde un punto de vista conceptual; quien va a pasear a Bonn no omite la salvación de alguien que ha caído en el río Rin en Colonia. La posibilidad físico-real de ejecutar la acción de salvamento necesaria está ausente en caso de una total incapacidad de acción (como en el caso de alguien que se encuentra desmayado, atado, sufre de parálisis etc.), en caso de ausencia de cercanía espacial respecto al lugar de peligro, en caso de inexistencia del medio necesario para el rescate o de los conocimientos imprescindibles para su uso, pero también en definitiva, en caso de incapacidad individual para efectuar la única acción adecuada para la conservación del bien jurídico (si no existen otras posibilidades, quien no sabe nadar no omite la salvación de quien se ahoga, pues ello solo es posible para quien sí sabe nadar) [23].

La cuestión acerca de si el omitente tuvo conocimiento de la situación de peligro y de los medios disponibles para su evitación no afecta el tipo objetivo, sino solo al dolo típico[24]. **997**

En el **caso n.° 19a** se ha producido el resultado típico. A no ha efectuado la acción adecuada y necesaria para la salvación de G. La posibilidad físico-real de liberar a G de la casa en llamas con ayuda de la escalera disponible y de evitar el resultado **998**

22 Cfr. BGH wistra 00, 136.

23 Más detalladamente, *Roxin*, AT II, § 31 n. m. 8 y ss.; v. también *Renzikowski*, Weber-FS, p. 333, 336; *Satzger*, Jura 06, 513.

24 Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel*, AT/2, § 46 n. m. 113; SK-*Rudolphi/Stein*, Vor § 13 n. m. 35; S/S-*Stree/Bosch*, Vorbem. §§ 13 y ss. n. m. 141; de otra opinión *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, p. 100 y ss.

mortal inminente no queda excluida respecto de A porque él solo era capaz de salvar a G o a B. Antes de su decisión de ayudar a B, A tuvo la posibilidad y la capacidad de salvar a G.

3. La causalidad de la omisión y la imputación objetiva del resultado

999 Al igual que en los delitos comisivos (dolosos e imprudentes), en los delitos omisivos la imputación del resultado depende de dos requisitos, esto es, del nexo causal (v. n. m. 217 y ss.) y de la imputación objetiva (v. n. m. 246 y ss.). En esta última, la especial relación de contrariedad al deber (v. n. m. 294) entre el comportamiento del autor (aquí: la omisión) y el resultado tiene una relevancia tan notable como en los delitos imprudentes.

1000 **a)** La **causalidad** de la omisión respecto a la producción del resultado típico no se puede determinar de la mano de la fórmula de la *conditio-sine-qua-non* (n. m. 218). La opinión dominante se apoya en una modificación de esa fórmula y plantea la pregunta referida a si la **acción exigida jurídicamente no puede ser supuesta mentalmente sin que desaparezca el resultado típico**[25]. Para ello basta la constatación de una probabilidad rayana en la certeza[26].

Es irrelevante que en las omisiones no exista una causalidad en sentido físico, puesto que una consideración normativa en el derecho penal no depende del concepto causal de las ciencias naturales y más bien basta con la relación condicional entre el permanecer inactivo y la producción del resultado previsto en la ley[27]. En el ámbito de los delitos de omisión se habla en parte de una "**cuasi-causalidad**"[28].

25 BGHSt 6, 1, 2; 37, 106, 126.

26 BGH NStZ 00, 583; *Krey/Esser*, AT, n. m. 1123; *Maiwald*, Küper-FS, p. 329; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 n. m. 61; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 72; s. a. BGHSt 52, 159, 165 (caso *Sattelschlepper*); crít. al respecto *Bosch*, Puppe-FS, p. 373; *Kühl*, NJW 08, 1899.

27 V. *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 15 n. m. 23; *Puppe*, ZStW 92 [1980], 863, 899 y JR 92, 30; *Roxin*, Achenbach-FS, p. 409.

28 BGHSt 48, 77, 93; BGH NJW 10, 1087 *(Bad Reichenhaller Eissporthalle)* con discusión *Ast*, ZStW 124 [2012], 612, 630 y ss. así como observaciones *Kahrs*, NStZ 11, 14 y *Kudlich*, JA 10, 552; BGHSt 59, 292, 305 (caso *Oury Jalloh)* con discusión *Jahn, JuS 15, 180 y crít. en Jäger, JA 15, 72; Rostalski, JR 15, 306; Schiemann, NJW 15, 20* (la "privación antijurídica de la libertad" se habría convertido precisamente en una conforme al derecho por medio de la potencial decisión del juez, de modo que habría existido la causalidad respecto a la privación antijurídica de la libertad; pero podría decaer la imputación respecto a la producción de la muerte); *Satzger, Jura (JK) 15, 882* (la cuasi causalidad de la omisión para la privación de la libertad *como tal* no es problemática, la mera legitimación hipotética del encarcelamiento en vista del significado del privilegio del juez no es suficiente para la

De la definición de la opinión dominante sobre la causalidad de la omisión, reproducida con anterioridad, surge que la causalidad —a diferencia de los delitos comisivos— no está referida al resultado en su forma concreta, sino al resultado típico descrito abstractamente en la ley. Sin embargo, el fin que se persigue a través de ello —contrarrestar un desborde de la responsabilidad por omisiones— solo puede alcanzarse de un modo correcto en la fase de la imputación objetiva. Por eso, al igual que en los delitos comisivos, en la constatación del nexo causal tiene que partirse del resultado en su **forma concreta**; de acuerdo con las reglas generales, las eventuales causas de reserva quedan fuera de consideración. **1001**

Ejemplo (según el BGH JZ 73, 173, caso *Fensterwurf*): En medio de un incendio nocturno A y sus dos hijos pequeños se hallan atrapados por las llamas en su apartamento, ubicado en la última planta del edificio; no era posible huir por medio de las escaleras; la única posibilidad de rescatar a los niños es arrojarlos por la ventana (6 a 7 metros de altura), donde se hallan tres hombres fornidos con los brazos extendidos preparados para atraparlos. Sin embargo, pese a los constantes llamados A no pudo decidirse a arrojar a los niños debido al alto riesgo de que sufran una lesión. En el último instante, A salta para dejarse caer y salvarse mientras que ambos niños mueren alcanzados por las llamas.

Aquí el BGH no se pregunta, por ejemplo, si los niños se habrían salvado de morir en las llamas, sino de modo general si ellos hubieran seguido vivos, es decir, si hubieran sido rescatados si A los hubiera arrojado a tiempo por la ventana hacia los brazos de los hombres preparados para ello[29]. Aquí es correcto que la punibilidad no se puede vincular al resultado concreto (aquí en forma de una muerte en medio de las llamas), pues de otro modo A también sería punible si el suceso se hubiera producido en el piso 20 de un edificio y arrojar a los niños hubiera tenido como consecuencia una muerte segura. El objeto de un deber de evitar el resultado en el sentido del § 13.I no puede ser únicamente reemplazar una forma de muerte (muerte a causa del fuego) por otra (muerte a causa de la caída por la ventana). De cualquier modo, esto no tiene nada que ver con la causalidad, sino que es solo una cuestión de la imputación objetiva[30], la cual será tratada en el literal "b".

justificación) así como fundamental *F. Zimmermann/Linder*, ZStW 128 [2016], en proceso de publicación; crít. también *Puppe*, AT, § 11 n. m. 28 s; MK-*Freund*, Vor § 13 n. m. 346, § 13 n. m. 210; *Gropp*, AT, § 11 n. m. 71.

29 En lo esencial a favor *Schlüchter*, JuS 76, 793; *Ulsenheimer*, JuS 72, 252; en contra y orientado a la concreta "muerte entre llamas" *Herzberg*, MDR 71, 881; *Spendel*, JZ 73, 137, 140.

30 Igual en el resultado MK-*Freund*, § 13 n. m. 217; crít. *Gropp*, AT, § 11 n. m. 77.

1002 **b)** En el ámbito de la **imputación objetiva** hay que preguntarse bajo la perspectiva del **especial nexo de contrariedad al deber** si la producción del resultado típico se basa justamente en la contrariedad al deber de la omisión[31]. Esto tiene que afirmarse solo cuando en la concreta situación de peligro la realización del acto de salvación exigido hubiera llevado con una probabilidad rayana en la certeza a la conservación del bien jurídico puesto en peligro, es decir, a la evitación del resultado típico, a una prolongación relevante de la vida[32] o —como, por ejemplo, en la relación entre diversas lesiones corporales— a una lesión esencialmente más leve. Si en caso de un comportamiento conforme al deber también se hubiera producido el mismo resultado típico —como por ejemplo otra forma de muerte— o un perjuicio igual de grave como resultado inmediato de la única acción salvadora que viene en consideración, entonces habrá que negar la relación de contrariedad al deber y con ello la imputación objetiva del resultado. Lo mismo vale cuando no puede descartarse la producción del mismo resultado típico (*in dubio pro reo*).

La denominada "**teoría de la disminución del riesgo**", que afirma la imputación del resultado si la acción requerida hubiese[33] disminuido considerablemente el riesgo de la producción del resultado, resulta aquí más estricta. Esta inversión de la denominada "teoría del incremento del riesgo" (v. n. m. 296 y ss.) tiene que rechazarse porque de otro modo también en el ámbito de la omisión los delitos de lesión se transformarían casi en delitos de peligro[34].

En el **ejemplo**[35] concreto, dada la casi absoluta certeza de que arrojar a los niños los hubiera salvado, se cumple con las condiciones para la imputación objetiva del resultado (muerte de ambos niños).

1003 En el **caso n.° 19a** la omisión de A fue cocausal para la "muerte a causa del fuego" de G. Dado que esta **hubiera permanecido con vida** si A la hubiese rescatado (en lugar de B) de la casa en llamas con ayuda de la escalera tampoco puede dudarse de la imputabilidad objetiva del resultado mortal.

31 Cfr. BGHSt 37, 106, 116; *Stree*, Klug-FS, p. 395; véase al respecto también *Kahlo*, Das Problem des Pflichtwidrigkeitszusammenhanges bei den unechten Unterlassungsdelikten, 1990, p. 306; *el mismo*, GA 1987, 66; en contra Matt/Renzikowski-*Haas*, § 13 n. m. 13 (cuestión de la causalidad hipotética).

32 BGH NStZ 85, 26; 87, 505.

33 *Greco*, ZIS 11, 674; *Otto*, Jura 01, 275; respecto a la problemática de la tentativa en la disminución del riesgo omitida dolosamente: *Kaspar*, AT n. m. 969; *Roxin*, AT II, § 31 n. m. 46 y ss.; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 13 n. m. 55

34 MK-*Freund*, Vor § 13 n. m. 311, § 13 n. m. 323; *Hoyer*, Rudolphi-FS, p. 95; *Marinucci*, Maiwald II-FS, p. 485, 494 y ss.; *Murmann*, Grundkurs, § 29 n. m. 25; *Ransiek*, JuS 10, 496; *Rengier*, AT, § 49 n. m. 16; *el mismo*, *Wolter*-FS, p. 199, 208 y ss.

35 BGH JZ 73, 173

4. Fundamentos del deber de garante

1004 De acuerdo con el § 13, la equiparación de la omisión con el hacer activo requiere que el omitente sea garante de la evitación del resultado, es decir, que a causa de una especial imposición de deberes tiene que responsabilizarse jurídicamente de que el resultado no se produzca. Las circunstancias concretas que fundamentan esa **posición de garante** constituyen los elementos típicos no escritos de los delitos de omisión impropia[36].

1005 La cuestión respecto a cuándo y de qué forma surge una posición de garante no ha sido aún aclarada definitivamente. Si bien **anteriormente** se reconocía[37] a la **ley**, el **contrato**, el **hacer precedente peligroso** y las **estrechas relaciones de vida** como causas que hacían surgir tal posición, las teorías más recientes se esfuerzan en llevar a cabo una clasificación de acuerdo con criterios materiales. Ellas reducen las relaciones de garantía a dos posiciones fundamentales:

— **Especiales deberes de protección respecto de determinados bienes jurídicos (garante de custodia o de protección)**[38]; estos se pueden seguir de:

  — normas jurídicas especiales

  — vínculos naturales estrechos

  — una comunidad de vida o de peligros

  — la asunción voluntaria de deberes de protección y asistencia

  — el posicionamiento como funcionario público o como órgano de personas jurídicas

— **Responsabilidad por determinadas fuentes de peligro (denominada garante de vigilancia o control)**; estas se siguen posiblemente de:

  — deberes de aseguramiento del tráfico

  — el deber de vigilancia de terceros

36 BGHSt GrS 16, 155, 158.

37 Cfr. RGSt 63, 392; 74, 309; BGHSt 2, 150; 19, 167.

38 BGHSt 59, 292, 299 y ss., n. m. 69 y ss. (caso *Oury Jalloh*); en general más restrictivo *Gimbernat*, ZStW 111 [1999], 307; contra él *Roxin*, GA 2009, 73.

— de un comportamiento precedente peligroso y contrario al deber (injerencia)

— la puesta en circulación de productos.

Aquí tiene que prestarse atención a que es posible imaginar superposiciones entre esos dos ámbitos y que en el caso concreto las diversas posiciones de garante pueden vincularse unas con otras[39]. Pese a esa falta de claridad, de acuerdo con la opinión dominante no se infringe[40] el principio de determinación del art. 103 II GG.

En la **comprobación que se realiza en el marco de los exámenes universitarios** hay que valorar todas las circunstancias que vienen en consideración para la posible fundamentación de una posición de garante.

1006 El fundamento de un deber de evitación del resultado solo puede ser un **deber jurídico**; no bastan los simples deberes éticos[41]. Sin embargo, de la situación típica de un delito de omisión propia —como, por ejemplo, de los §§ 138, 323c— no se puede derivar aún algún deber de garante, puesto que aquí se trata de deberes jurídicos completamente generales que alcanzan a todos[42].

5. Las posiciones de garante

1007 **a)** Los deberes de protección para determinados bienes jurídicos pueden surgir de:

1008 **aa) Normas jurídicas especiales** (por ejemplo, §§ 1353, 1626, 1626a, 1631, 1793, 1800 BGB, § 2 LPartG, § 60 I 1 Nr 2 SGB I[43], § 4ª.II Nr 1 RVG[44])

39 Exhaustivamente, al respecto, *Arzt*, JA 80, 553, 647, 712; *Joecks*, St-K, § 13 n. m. 23 y ss.; *Kühl*, JuS 07, 497.

40 BVerfGE 96, 97; BVerfG JZ 04, 303 con observaciones *Seebode*; de otra opinión *Bung*, ZStW 120 [2008], 527, 539 s; Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel*, AT/2, § 46 n. m. 46; *Kaspar*, AT, n. m. 1002; S/S-*Streel/Bosch*, § 13 n. m. 8 y ss.

41 RGSt 66, 71; BGHSt 7, 268, 271; 30, 391.

42 BGHSt 3, 65.

43 Al respecto, OLG München NStZ 09, 156 con discusión *Hecker*, JuS 10, 266; KG StV 13, 513 con discusión *Zehetgruber*, NZWiSt 14, 118; OLG *Braunschweig* NStZ 15, 520 (casos *Sozialbetrug*); crít. *Bringewat*, NStZ 11, 131; cfr. también OLG Saarbrücken NJW 07, 2868 (caso *Referendar*) con discusión *Fahl*, Jura 08, 453; *Kargl*, wistra 08, 121 y *Kudlich*, JA 08, 72.

44 BGH NStZ 15, 150 con discusión a favor *Bosch*, Jura 15, 221; *Hecker*, JuS 14, 1133 y *Kudlich*, JA 15, 74.

o de relaciones basadas en **vínculos naturales estrechos**, las cuales se hallan fundamentadas jurídicamente, como, por ejemplo, la que existe entre los cónyuges[45], parientes de primera línea[46], hermanos y prometidos[47], aunque la extensión del deber de protección puede variar de caso a caso[48].

En este círculo de personas, la existencia de una **comunidad familiar efectiva** no es necesariamente relevante, en todo caso, no para los **parientes en primer grado**. Por ejemplo, si los hijos adultos dejan la casa de los padres, entonces la posición de garante como tal no desaparece forzosamente; cuando se requiera ayuda, en casos de peligros graves para la vida, integridad o libertad, los hijos deben a sus padres —o estos a aquellos— protección y asistencia[49]. En el caso de **cónyuges que viven separados**, el vínculo legal (cfr. § 1353.I 2 BGB), considerado en sí mismo, no fundamenta aún una posición de garante[50]. Pero a la inversa, tampoco es únicamente decisivo si existe realmente una relación de confianza y dependencia recíproca[51]. Más bien es relevante desde cuándo existe la separación, si los cónyuges conservan una relación de amistad o si más bien se han enemistado y cómo se han configurado sus relaciones personales desde entonces. Si uno de los cónyuges ha abandonado de un modo reconocible la vida conyugal, entonces la posición de garante también decae antes de que corra el plazo de un año de separación[52] relevante en el derecho de familia en virtud del § 1566.I BGB. En cambio, si los cónyuges solo se han peleado, pero no viven separados, entonces aún existirá la posición de garante[53]. En el caso de los **hermanos**, existe por lo menos una posición de garante cuando ellos viven en una comunidad familiar, parcialmente se exige también que uno de los hermanos haya sido tomado bajo una "custodia real"[54]. En caso de que se produzca un nacimiento en el hogar, la madre tiene que contrarrestar oportunamente los factores de riesgo reconocibles relacionados con los cuidados iniciales del neonato[55]. En el caso de los **hijos extramatrimoniales** se recurre parcialmente no solo al criterio jurídico del

45 RGSt 71, 189; BGHSt 2, 150.

46 BGHSt 7, 268; 19, 167; BGH wistra 16, 43.

47 BGH JR 55, 104; *Otto*, Herzberg-FS, p. 255, 264.

48 Sobre todo *Albrecht*, Begründung von Garantenstellungen in familiären und familienähnlichen Beziehungen, 1998; *Bülte*, GA 2013, 389; *v. Coelln*, Das „rechtliche Einstehen. müssen" beim unechten Unterlassungsdelikt, 2008; *Kretschmer*, Jura 06, 898.

49 *Engelmann*, HRRS 13, 351, 356 s; *Kühl*, AT, § 16 n. m. 54 s; *Rengier*, AT, § 50 n. m. 14; en contra MK-*Freund*, § 13 n. m. 177; *Roxin*, AT II, § 32 n. m. 39; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 61.

50 Sin embargo, a favor *Jakobs*, AT, 29/64.

51 Sin embargo, a favor de esa solución *Albrecht*, p. 77; SK-*Rudolphi/Stein*, § 13 n. m. 50.

52 Para una "salida intermedia" de esa clase también BGHSt 48, 301, 304 con observaciones a favor *Baier*, JA 04, 354; también a favor en el resultado *Freund*, NJW 03, 3384; *Kühl/Hinderer*, JuS 10, 919, 924; *Rönnau*, JR 04, 158; similar *Ingelfinger*, NStZ 04, 409; más detalladamente *Lilie*, JZ 91, 541; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 n. m. 17 y ss.; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 28 s.

53 De otra opinión, *Meurer/Kahle/Dietmeier*, Übungskriminalität für Einsteiger, 2000, p. 41.

54 LG Kiel NStZ 04, 157 con observaciones a favor *Nikolaus*, JA 05, 609; a favor también *Kretschmer*, Jura 06, 903.

55 BGH NStZ 10, 214 (caso *Hausgeburt*) con observaciones *Hecker*, JuS 10, 453.

parentesco en línea directa sino que, además de ello, se exige la existencia de una real relación de cuidado o que el padre biológico posea (conjuntamente) la custodia[56].

1009 **bb)** Otras **comunidades de vida o de peligros**, que de acuerdo con su objeto de creación y con la relación de confianza creada a causa de ello contienen una garantía de asistencia y cuidados recíprocos en situaciones peligrosas socialmente típicas, como, por ejemplo, las **comunidades de vida similares a la relación conyugal**[57] y las asociaciones de montañistas, de personas que se dedican a la circunnavegación, de buceadores de aguas profundas o de participantes de expediciones; en tal sentido, **no es suficiente una mera comunidad casual** de compañeros de copas[58], consumidores de drogas[59] o de inmigrantes ilegales para cruzar las fronteras[60].

La **convivencia fáctica** que tiene lugar en el marco de una **comunidad que comparte una vivienda** —por ejemplo, en una comunidad de estudiantes que viven juntos— o relaciones de amor pasajeras aún no fundamenta por sí misma una posición de garante en el sentido del § 13 porque si no las diversas formas de la convivencia humana extenderían de un modo inapropiado el círculo de los sujetos a quienes alcanza el deber de protección[61].

Sin embargo, los deberes de garante, siempre que no existan vínculos familiares más estrechos, pueden surgir en ese ámbito, en especial de la **asunción** fáctica de una **tarea de protección** (cfr. n. m. 1011).

1010 **cc) Contrato**, por ejemplo, mediante la confirmación expresa de los clientes del banco de que se revelen los errores de contabilización.

De acuerdo con una jurisprudencia discutida, en el marco de las relaciones contractuales surgirían deberes de garante cuando existan circunstancias especiales y también de modo excepcional con base en el principio de buena fe (§ 242 BGB)[62]. En ese sentido, la jurisprudencia más reciente se ha vuelto

56 Cfr. *Kühl*, AT, § 18 n. m. 53; SK-*Rudolphi/Stein*, § 13 n. m. 48; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 26; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 60; respecto a las "Patchwork-Familien": *Schramm*, RW 14, 88, 111 y ss.

57 *Kretschmer*, JR 08, 51.

58 BGH NJW 54, 1047.

59 OLG Stuttgart NJW 81, 182; OLG Hamm (Zivilsenat) NZV 05, 427; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 n. m. 23.

60 BGH NStZ 08, 276 con discusión *Kühl*, HRRS 08, 359.

61 BGH NStZ 83, 117; 84, 163; NJW 87, 850; S/S/W-StGB-*Kudlich*, § 13 n. m. 25 s.

62 BGHSt 6, 198.

visiblemente más restrictiva y exige al menos una relación de confianza o una relación comercial permanente y estrecha[63].

dd) De la **asunción** voluntaria **de deberes de protección y asistencia**, como, por ejemplo, la asunción de un tratamiento médico, del servicio de enfermería, del servicio de partos[64], de las tareas de los niñeros[65], de las funciones de un guía de montaña o de un salvavidas. **1011**

Lo decisivo para la fundamentación de la posición de garante no es aquí la validez jurídico-civil del acuerdo contractual, sino la **asunción fáctica** del respectivo deber de protección. En ese sentido, una notable relevancia le corresponde a la cuestión referida a si como consecuencia de una **justificada confianza** en la ayuda prometida y en la disposición a intervenir de quien asume la garantía **no han tenido lugar otras medidas de protección** y no pueden tener lugar[66].

Al **propietario de la vivienda** le corresponde una posición de garante de protección —respecto a una posición de garante de vigilancia (v. n. m. 1014)— siempre que acepte otras personas como ocupantes o como huéspedes, pues quien ocupa una vivienda ajena por una invitación o con el consentimiento del propietario de la vivienda puede confiar en que este lo ayude, dentro de su "ámbito de dominio", en caso de peligros graves[67]. Sin embargo, la **extensión del deber de evitar el resultado** es limitada: en el caso de delitos leves en perjuicio de personas que viven en la vivienda o de huéspedes así como en el caso de meras puestas en peligro (por ejemplo, mediante el consumo de drogas) el propietario de la vivienda no está obligado a intervenir, pero seguramente sí en caso de hechos más graves (por ejemplo, violación, lesiones corporales relevantes)[68]. El **dueño de una fonda** tiene que hacerse cargo del huésped visiblemente ebrio, y por eso inimputable, que se halla expuesto a un grave peligro[69]. En el caso de los **taxistas**, del hecho de llevar a un pasajero también puede surgir el deber de protegerlo de peligros, si él mismo no se halla en la posibilidad de hacerlo[70]. En

63 BGHSt 46, 196; BGH wistra 15, 112; OLG Bamberg wistra 12, 279 con discusión crít. *Beckemper*, ZJS 12, 697; más detalladamente *Grünewald*, Zivilrechtlich begründete Garantenpflichten im Strafrecht?, 2001; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, N. m. 505.

64 OLG Dresden StV 15, 120.

65 Ejemplo en *Hardtung/Putzke*, AT, n. m. 1016 s.

66 BGH NStZ 94, 84; *Roxin*, AT II, § 32 n. m. 53; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 n. m. 27; cfr. también *Kaspar*, JuS 12, 628, 632.

67 RGSt 74, 309 (admisión de un individuo necesitado de cuidados); BGHSt 27, 10 con observaciones crít. *Naucke*, JR 77, 290; *Otto/Brammsen*, Jura 85, 646; distinto *Frister*, AT, 22. Cap. n. m. 48; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 n. m. 54.

68 BGHSt 30, 391; *Heinrich*, AT, n. m. 944; *Krey/Esser*, AT, n. m. 1159.

69 BGHSt 26, 35.

70 LG Zweibrücken DAR 00, 226; referido al caso *Brodowski*, JuS 15, 430.

cambio, un **médico** no está obligado a informar a su paciente de que su pareja sexual, a quien también atiende, padece de la enfermedad de SIDA; del derecho de un estado de necesidad respecto a la información (v. n. m. 463) no se sigue un deber de actuar[71].

1012 **ee)** De la **posición de funcionario público** o de **órgano de personas jurídicas** vinculada a un conjunto de deberes.

La cuestión acerca de que en qué medida los deberes funcionariales fundamentan al mismo tiempo deberes de garante es aún debatida y en gran parte no está aclarada. De acuerdo con la opinión predominante, ello depende esencialmente del tipo de deber funcionarial y del respectivo ámbito de funciones. Por ejemplo, quien por su condición de **director de un departamento municipal encargado del orden público** debe vigilar el cumplimiento de los preceptos de la *Gaststättengesetz* (Ley alemana sobre restaurantes y otros lugares abiertos al público) ha de impedir, como garante, los peligros que surgen en un burdel para las prostitutas protegidas mediante el § 180.I StGB así como para la comunidad[72]. En virtud del § 9 StGB-DDR así como del art. 12 I y II IPbürgR los miembros del **Politbüro del comité central del SED (Sozialistische Einheitspartei Deutschlands** o Partido Socialista Unificado de Alemania) tenían el deber de convencer a ese gremio de que cesaran las muertes de personas que planeaban huir inermes de la DDR o de la zona este de Berlín hacia Alemania occidental[73]. Los **docentes** que portan un deber de vigilancia tienen que evitar que los alumnos practiquen actos violentos contra sus compañeros y los directores de escuela tienen que evitar que los docentes incurran en delitos sexuales contra los alumnos[74]. A los **agentes policiales** les corresponde en el marco del ejercicio de sus funciones, y dentro de los límites de su ámbito espacial y objetivo de responsabilidad el deber de impedir la comisión de delitos y de proteger los bienes jurídicos del individuo o de la comunidad[75]. En caso de que los agentes lleguen a conocer de la existencia de delitos cuando se hallan fuera de servicio les corresponde excepcionalmente un deber de garante cuando se trata de delitos que afectan el interés público de modo permanente, lo cual es especialmente el caso cuando se trata de delitos graves[76]. El deber jurídico-público tiene que perseguir al menos también el objetivo de preservar el bien jurídico protegido por el respectivo tipo penal precisamente del peligro en el que se traduce la ausencia de actuación. Si, por ejemplo, un **funcionario penitenciario** no informa a los órganos de persecución que otros servidores penitenciarios han golpeado a los reos, él no se hace punible por el delito de frustración de la pena (§§ 258, 258a, 13), pues a los órganos de la institución no se les ha confiado la tarea funcionarial referida a la

71 AA OLG Frankfurt NStZ 01, 149, 150 en contra con observaciones Wolfslast.

72 BGH wistra 86, 256, con observaciones crít. *Rudolphi*, JR 87, 336.

73 BGHSt 48, 77, 82, en contra con observaciones *Ranft*, JZ 03, 582.

74 *Kubink*, RdJ 02, 94; cfr. también BGH NStZ-RR 08, 9.

75 Igualmente, BGHSt 38, 388, 390; BGHSt 59, 292 (caso *Oury Jalloh*); S/S-*Streel/Bosch*, § 13 n. m. 52; más restringido *Ellbogen/Stage*, JA 05, 353, 355; *Joecks*, St-K, § 13 n. m. 34; en contra SK-*Rudolphi/Stein*, § 13 n. m. 36, 54c; *Zaczyk*, *Rudolphi*-FS, p. 361, 368 s; referido al caso: *Radtke/Meyer*, JuS 11, 521, 526.

76 Más detalladamente, *Beulke*, StPO, N. m. 91; BK-*Ruhmannseder*, § 258a n. m. 6.

persecución penal pública frente a sus trabajadores[77]. Los **trabajadores sociales** de la institución de asistencia juvenil (*Jugendamt*) o de las organizaciones de beneficencia también pueden poseer una posición de garante[78] (v. n. m. 944). Por el contrario, de acuerdo con una opinión acertada, el **testigo** que se rehúsa injustificadamente a declarar en el proceso penal no es punible[79] por el delito de frustración de la pena por medio de una omisión (§§ 258, 13), pues carece de un deber de garante.

b) La **responsabilidad por determinadas fuentes de peligro** como fundamento de los deberes de garante pueden surgir: **1013**

aa) Del **deber de aseguramiento del tráfico** (por ejemplo, el poseedor de la casa, el propietario de un terreno, el dueño de un automóvil o el propietario de un negocio peligroso respecto de las fuentes de peligro que caen dentro de sus ámbitos de responsabilidad), del **deber de evitación de peligros** que surgen[80] del estado de cosas, construcciones o instalaciones en un determinado ámbito de dominio, así como de la **asunción voluntaria** de deberes de vigilancia y aseguramiento para otros[81]. **1014**

En el contexto de los deberes de aseguramiento del tráfico es irrelevante —a diferencia de los casos mencionados en el n. m. 1022— si la causación del peligro se basa en un comportamiento contrario al deber o si está conectada a una actividad socialmente adecuada, jurídicamente permitida[82]. La razón de ello es que un individuo ajeno no puede actuar sobre fuentes de peligro

77 BGHSt 43, 82 con observaciones *Rudolphi*, NStZ 97, 599 y *Seebode*, JR 98, 338; parece dudoso si lo mismo también vale para las denuncias por delitos de quienes se hallan en prisión, véase OLG Hamburg NStZ 96, 102; sobre todo también *Klesczewski*, JZ 98, 313; *Roxin*, AT II, § 32 n. m. 82.

78 En ese sentido, OLG Stuttgart NJW 98, 3131; OLG *Oldenburg* NStZ 97, 238 (caso *Laura-Jane*); OLG Düsseldorf ZfJ 00, 309; *Beulke/Swoboda*, Gössel-FS, p. 73; *Bringewat*, NJW 98, 944; *Dießner*, Unterlassungsstrafbarkeit der Kinder- und Jugendhilfe bei familiärer Kindeswohlgefährdung, 2008; *Trenczek*, ZfJ 02, 383; de otra opinión, *Bohnert*, ZStW 117 [2005], 302; *R. Hassemer*, Hassemer-FS, p. 729; *Zaczyk*, Rudolphi-FS, p. 361.

79 LG *Itzehoe* NStZ-RR 10, 10; *Popp*, JR 14, 418; *Reichling/Döring*, StraFo 11, 82; *Rengier*, BT I, § 21 N. m. 14 a; de otra opinión OLG *Köln* NStZ-RR 10, 146; LG *Ravensburg* NStZ-RR 08, 177; *Fischer*, § 258 n. m. 10; S/S/W-StGB-*Jahn*, § 258 n. m. 22b; BK-*Ruhmannseder*, § 258 n. m. 16.

80 BGHSt 53, 38 con discusión *Kraatz*, JR 09, 182 y *Renzikowski*, StV 09, 443; BGH NStZ 12, 319 (caso *Reinigungsmittel*) con observaciones *Hecker*, JuS 12, 755; *Kudlich*, JA 12, 470; *Murmann*, NStZ 12, 387; *Oğlakcioğlu*, NStZ-RR 12, 246; *Puppe*, ZIS 13, 45 y *Rengier*, Kühl-FS, p. 383; va más allá *Otto*, Schroeder-FS, p. 339; *Wolf*, Schroeder-FS, p. 415.

81 Cfr. BGHSt 19, 286; 30, 391; BGHSt 47, 224 (caso *Wuppertaler Schwebebahn*) con observaciones crít. *Freund*, NStZ 02, 424 y *Kudlich*, JR 02, 468; BGHSt 52, 159 (caso *Sattelschlepper*).

82 Cfr. LK-*Weigend*, § 13 n. m. 48 y ss.

bajo dominio de otro y por consiguiente tiene que confiar que aquel a quien incumbe el poder de disposición y la responsabilidad dentro del propio ámbito de dominio tiene bajo control los peligros provenientes de aquel y que toma las medidas de aseguramiento efectivas en contra del daño de otros individuos.

Al **propietario de la casa o de la vivienda** le corresponde indiscutiblemente una **posición de garante de vigilancia** respecto a los peligros objetivos que surgen de la casa o de la vivienda (por ejemplo, tejas que caen del techo). En cambio, de acuerdo con el principio de la autorresponsabilidad dicho propietario no es en lo fundamental responsable como garante de vigilancia por las fuentes de peligro personales que surgen de los mencionados inmuebles (respecto a una eventual posición de garante de protección v. n. m. 1011). En ese sentido, por regla, el propietario de la vivienda no está obligado a tomar medidas contra el tráfico de estupefacientes que lleva a cabo un ocupante dentro de la vivienda[83]. En todo caso, le corresponde un deber de garantizar que en la vivienda de su propiedad no sean cometidos delitos por parte de terceros cuando debido a su especial naturaleza y ubicación la **vivienda** represente una **fuente de peligros**, de modo que él tiene que asegurar y vigilar que ella no sea utilizada como instrumento para una ejecución más fácil de delitos. Se tendrá que partir de ello cuando el ataque a la víctima se vea facilitado por la configuración de la vivienda o cuando determinados inmuebles por su naturaleza especialmente favorable o por su ubicación sean usados como escondite para el botín o como lugar de preparación de los respectivos delitos[84].

Para los **proveedores de Internet** rige desde el 1.03.2007 la *Telemediengesetz* (TMG). De acuerdo con el § 7.I TMG, siempre se responderá por las **informaciones propias**; por el contrario, de acuerdo con el § 8 TMG, quien solo posibilita el acceso técnico para la utilización de informaciones ajenas sin almacenar estas —denominada **proveedores de acceso y de redes**— no es en principio responsable por el contenido. Tampoco existe un deber de control proactivo, o sea, ninguna obligación de buscar la existencia de delitos. En cambio, si las informaciones ajenas son almacenadas por el proveedor (**Hosting**), entonces, de acuerdo con el § 10 TMG, él será responsable por las informaciones en caso de que exista conocimiento positivo (dolo directo de 2.° grado, v. n. m. 322)[85]. Es decir, él tiene[86] una posición de garante como consecuencia de su dominio sobre las fuentes de peligros. Al menos parece dudoso[87] si esto se encuentra permitido por el derecho europeo si se tiene en cuenta la jurisprudencia más reciente del TEDH. En los casos de almacenamiento temporalmente limitado, denomi-

83 BGH StV 07, 81; BGH NStZ 10, 221 con discusión *Bosch*, JA 10, 306; BGH NStZ 14, 164 con observaciones *Kretschmer*, JR 14, 39; BGH HRRS 16 Nr 378.

84 Cfr. BGHSt 30, 391, 396; MK-*Freund*, § 13 N. m. 156; *Rengier*, AT, § 50 n. m. 54 y ss.; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 5; más detalladamente *Mähner*, Zur Garantenstellung aus Verantwortung für Räume und Grundstücke, 2015.

85 LG Berlin StV 15, 222, 223; BK Kommunikation-*Paal*, § 10 TMG, n. m. 24.

86 *Bode*, ZStW 127 [2015], 937; muy discutido, de otra opinión, entre otros, *Malek/Popp*, n. m. 113.

87 EuGH EuZW 12, 261.

nada **Caching**, solo tiene lugar una responsabilidad si el proveedor conocía la separación o el bloqueo ya realizados en otro lugar (detalles § 9 TMG)[88].

bb) Del deber de supervisión a terceros (cfr. § 357 StGB, § 41 WStG, § 108 SeemannsG)[89]. Así, por ejemplo, en una institución psiquiátrica el médico tiene que impedir que su paciente lesione a otros, en una institución penitenciaria el director tiene que impedir que los reos cometan delitos. **1015**

Hasta ahora no es claro si o en qué medida los miembros de una empresa están obligados como garantes a la evitación de delitos relacionados con la empresa (denominada **responsabilidad de los directivos**).

En ese sentido, existe en la literatura un amplio espectro de opiniones[90]: algunos autores conceden acertadamente al **principio de la autorresponsabilidad** una relevancia tan notable que terminan rechazando de modo general un deber de intervención jurídico-penal de los responsables de la empresa respecto de los delitos de terceros relacionados con la empresa o, por lo menos, lo aceptan solo en aquellos casos en los que la peculiaridad del negocio hace surgir típicamente peligros especiales para la generalidad, por ejemplo, porque se produce y vende[91] productos peligrosos (como, por ejemplo, armas o químicos) o alimentos o medicamentos potencialmente dañinos para los consumidores. **1016**

88 Informaciones adicionales en MK-*Freund*, § 13 n. m. 158 y ss.; *Hörnle*, NJW 02, 1008; *Kudlich*, JA 02, 801; *Satzger*, en: *Heermann/Oly* (ed.), Verantwortlichkeit im Netz, 2003, p. 161 y ss.; respecto a la problemática véase también LG München I NJW 00, 1051 (caso *Compuserve*, difusión de pornografía dura por Internet).

89 Más detalladamente, RGSt 53, 292; 71, 176; OLG *Celle* NJW 08, 1012 con observaciones *Bosch*, JA 08, 471.

90 Sobre el estado de la discusión: *Bauer/Wißmann*, Schiller-FS, p. 15; *Bock*, Criminal Compliance, 2011, p. 317 y ss.; *Fischer*, § 13 n. m. 67 y ss.; *Gimbernat Ordeig*, Roxin-FS, p. 651; *Hillenkamp*, en: Engländer et al, Strafverteidigung, p. 73; *Konu*, Die Garantenstellung des Compliance-Officers, 2014; *Mittelsdorf*, ZIS 11, 123, 125 y ss.; *Prittwitz*, en: Kuhlen et al, Compliance, p. 125; *Rogall*, ZStW 98 [1986], 573; *Roxin*, Beulke-FS, p. 239; *Spring*, Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung, 2009, p. 123 y ss.

91 Contra un deber de garante, entre otros: BGHZ 194, 26 con discusión y en contra *Ch. Dannecker*, NZWiSt 12, 441; *Berndt*, StV 09, 689; *Beulke*, Geppert-FS, p. 23; *Frisch*, EWiR 10, 95; *Michalke*, AnwBl 10, 666; *Prittwitz*, en: *Kuhlen* et al, Compliance, p. 125; *Rotsch*, I. Roxin-FS, p. 490; SK-*Rudolphi/Stein*, § 13 n. m. 35a; *Schwarz*, wistra 12, 13; *Spring*, GA 2010, 222; *Stoffers*, NJW 09, 3176; *Warneke*, NStZ 10, 312; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 56; *Wittig*, Wirtschaftsstrafrecht, 3. ed. 2014, § 6 n. m. 56 y ss.; crít. También *Momsen*, Puppe-FS, p. 751, 757 y ss., quien exige una regulación legal.

1017 Sin embargo, en la actualidad aún se defiende la opinión claramente amplia según la cual el **dominio de la orden y de la organización** que posee el dueño del negocio así como el **poder de dirección** de los directivos serían en general adecuados para fundamentar una posición de garante de vigilancia jurídico-penal respecto de estos grupos de personas[92].

Lamentablemente, la **jurisprudencia** penal se ha adherido entre tanto a esto último:

Ejemplo (según BGHSt 54, 44, Berliner Stadtreinigung[93]): El oficial G de una compañía municipal berlinesa, una institución de derecho público, envía a 170 000 propietarios avisos de liquidaciones que habían sido calculadas dolosamente de un modo erróneo con un exceso total de 23 millones de euros (punibilidad por estafa, § 263). En su calidad de director de la auditoría, W tenía que supervisar el comportamiento de G. Aunque él había reconocido los defectos de las liquidaciones, no hace nada. ¿Puede ser sancionado por una intervención en el hecho de G?

Solución: El BGH afirmó una posición de garante de W debido a su especial posición en el ámbito de la institución de derecho público y al mismo tiempo dio a entender que quería considerar en general al **encargado del "compliance"**, es decir, al trabajador de la empresa que controla[94] el seguimiento de todas las reglas, como un garante de vigilancia. Esto no resulta convincente. Como contracara de la libertad general de actuar, los individuos capaces de una actuación completamente responsable tampoco necesitan en el lugar de trabajo una supervisión general por parte de sus superiores. Ellos mismos son los únicos responsables por las consecuencias de su hacer. Las excepciones a este principio han llegado a tener una regulación en el § 357 (Inducción de subordinados a cometer un delito) y en el § 130 OWiG (Infracciones administrativas por la infracción del deber de vigilancia en negocios y empresas) aplicada sin duda en la praxis. W no es punible. Los encargados del

92 A favor de un deber de garante entre otros: *Barton*, RDV 10, 19; *Bülte*, Vorgesetztenverantwortlichkeit, p. 127, 225; *Dann/Mengel*, NJW 10, 3265; G. *Dannecker/Ch. Dannecker*, JZ 11, 981, 988 y ss.; *Fischer*, § 13 n. m. 38; *Jahn*, JuS 09, 1142; *Knauer*, I. Roxin-FS, p. 465, 474 y ss.; *Mosbacher/Dierlamm*, NStZ 10, 268; *Kuhlen*, NZWiSt 15, 121, 161; *Lindemann/Sommer*, JuS 15, 1057; *Murmann*, Grundkurs, § 29 n. M. 64; *Ransiek*, Unternehmensstrafrecht, 1996, p. 36; *Rönnau/Schneider*, ZIP 10, 53, 57 s; *Roxin*, AT II, § 32 n. M. 134 y ss.; *el mismo*, Beulke-FS, p. 239; *Rübenstahl*, NZG 09, 1341; *Schall*, Rudolphi-FS, p. 267; *el mismo*, *Kühl*-FS, p. 417; *Schmid*, JA 13, 835; *Schneider/Gottschaldt*, ZIS 11, 573, 575; *Schünemann*, wistra 82, 41; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 51; véase también *Krause*, NStZ 11, 57, 60; más profundamente *Konu*, Die Garantenstellung des Compliance-Officers, 2014.

93 BGHSt 54, 44 (Berliner Stadtreinigung) con observaciones *Kretschmer*, JR 09, 474; *Spring*, GA 2010, 222 y *Stoffers*, NJW 09, 3176.

94 Más profundamente, *Nieto Martin*, Tiedemann-FS, p. 485; *Görling/Inderst/Bannenberg*, Corporate Compliance, 2010; *Hauschka*, Corporate Compliance, 2. ed. 2010; *Moosmayer*, Compliance, 2010; *Nieto Martin*, Tiedemann-FS, p. 485; *Sieber*, Tiedemann-FS, p. 449 así como los aportes en: *Kuhlen* et al, Compliance.

"compliance" tampoco son garantes de vigilancia respecto de los delitos de los miembros de la empresa. Su riesgo de punibilidad sería completamente incalculable y consecuentemente también tendría que alcanzar[95] a sus superiores y a los miembros de la dirección de la empresa. Las secciones de "compliance" no suprimen la propia responsabilidad de los trabajadores sino que únicamente ejecutan dentro de la empresa la supervisión y el control exigidos[96] por el § 130 OWiG.

Más allá de una eventual posición de garante (de vigilancia) en virtud del poder de organización, de acuerdo con la opinión dominante, a los miembros de la empresa —dependiendo de las circunstancias del caso concreto— puede corresponder como consecuencia del deber de cuidado del empleador (cfr. § 618 BGB) una **posición de garante de protección**, que obligue a intervenir frente a los delitos en perjuicio de otros empleados. Además de ello, los miembros de los órganos de vigilancia y dirección de la empresa así como aquellas personas a quienes se les confía en la empresa las tareas de control —por ejemplo, miembros de los órganos de auditoría— fungen como garantes de protección respecto de los bienes jurídicos de la empresa, o sea, de su patrimonio; en ese sentido, el deber de garante y el deber de cuidar el patrimonio se corresponden en el sentido del § 266 párr. 1[97]. **1018**

Si, en todo caso, un deber de garante del miembro de la empresa no es en principio rechazado, habrá que atender, sin embargo, a si aquel solo puede extenderse a la evitación de delitos relacionados con el negocio. En opinión del BGH, la necesaria "**relación con el negocio**" se halla en aquellos hechos que se encuentran en **conexión interna** con la actividad del autor que comete el hecho o con la clase de negocio, lo que usualmente, por ejemplo, podría ser el caso en los delitos de corrupción o en los actos de estafa en perjuicio de terceros. En cambio, la posición de garante no se extiende a delitos que únicamente se llevan a cabo de modo **"ocasional" en la actividad de la empresa**. Por consiguiente, las agresiones sexuales en perjuicio de otros trabajadores estarán difícilmente incluidas al igual que el hurto de la propiedad de **1019**

95 A favor de un deber de garante del miembro del consejo directivo de una sociedad por acciones im Hinblick auf Straftaten des Vorstands: OLG Braunschweig NJW 12, 3798 con observaciones a favor *Corsten*, wistra 13, 73.

96 Al respecto, Achenbach/Ransiek/Rönnau-*Achenbach*, 1. Parte 3. Cap. n. m. 48 y ss.

97 *Knauer*, I. Roxin-FS, p. 465, 471; *Ransiek*, AG 10, 147, 150; véase también OLG Braunschweig NJW 12, 3798, 3800 con observaciones *Corsten*, *wistra* 13, 73 y *Rübenstahl*, NZWiSt 13, 267 (deber de garante del miembro del consejo directivo de una sociedad por acciones en relación con delitos de otros miembros de ese órgano).

la empresa. Más allá de estos casos claros resulta en parte difícil determinar la relación de un hecho con el negocio.

1020 **Ejemplo** (según el BGHSt 57, 42, caso *Mobbing*[98]): A es el capataz de la columna de una obra pública que se halla instalada en áreas verdes y en la zona del cementerio. B y C, trabajadores de la columna, humillan y acosan a su colega D, entre otras cosas, golpeándolo con un mazo de madera en la parte superior del cuerpo. A, quien ha observado esos hechos, tampoco interviene cuando esto vuelve a suceder. ¿Es A punible en virtud de los §§ 223, 224 como consecuencia de una omisión?

Solución: Si bien el BGH afirma un deber para los titulares de la empresa o los directivos respecto a la evitación de delitos por parte de sus trabajadores subordinados. Sin embargo, esto valdría solo para los **"delitos relacionados con el negocio"**, pero en cambio **no** para delitos que son cometidos "**ocasionalmente** en la actividad de la empresa". En el caso de A faltaría la necesaria relación del hecho con el negocio, de modo que el no sería punible por una omisión.

1021 Ya únicamente de la vida conyugal no se deriva aún el deber de impedir los delitos del otro **cónyuge**[99]. Más bien en la relación conyugal vale el principio de que los adultos por lo regular son responsables[100] por sí mismos de sus acciones y omisiones, es decir, tanto los padres respecto de sus hijos mayores de edad así como los hijos respecto de sus padres. En el caso de los hijos menores de edad, en especial, en caso de aquellos a quienes no se les puede imponer una pena se tiene que intervenir contra **delitos inminentes**, cuando exista la posibilidad para ello. Sin embargo, si únicamente son omitidas **medidas de corrección,** queda excluida una intervención omisiva (la mayoría de las veces por ausencia de causalidad)[101].

1022 **cc)** De un **comportamiento precedente peligroso y contrario al deber (injerencia),** puesto que todo aquel que mediante una acción o una omisión objetivamente contrarias al deber ha creado el **peligro cercano**[102] de produc-

98 Con discusión *Jäger*, JA 12, 392 y *Kudlich*, HRRS 12, 177; a favor *Roxin*, JR 12, 305; *Wagner*, ZJS 12, 704, 709; distinto *Kuhn*, wistra 12, 297; *Mansdörfer/Trüg*, StV 12, 432; *Schall*, Kühl-FS, p. 417, 428 y ss.; *Schramm*, JZ 12, 969, 971 s; respecto al estado de la discusión: *Basualto*, Frisch-FS, p. 333; *Bülte*, NZWiSt 12, 176; *el mismo*, NZWehr 16, 45 (ejército de la República Federal de Alemania); *Nietsch*, CCZ 13, 192; *Petermann*, Schiller-FS, p. 538, 544 y ss.

99 Dubitativamente, también, BGHSt 19, 295, 297; aún distinto RGSt 74, 283.

100 *Arzt*, JA 80, 64, 652; *Kretschmer*, Jura 06, 902; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 n. m. 53; HK-GS-*Tag*, § 13 n. m. 18.

101 Cfr. *Bohnert*, Jura 99, 536; parcialmente distinto *Neuheuser*, NStZ 00, 174.

102 Respecto al criterio de la proximidad del peligro: BGHSt 54, 44, 47; BGH NStZ 13, 578; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 43.

ción de un daño respecto de bienes jurídicos de terceros, está obligado[103] a la evitación del resultado inminente y a tomar las correspondientes medidas de salvamento. Por ejemplo, si el conductor de un automóvil abandona al peatón que ha lesionado con anterioridad en el marco de un accidente causado imprudentemente de un modo antijurídico, el cual muere como consecuencia del accidente, entonces aquel se hace punible por los §§ 211, 212, 13.

La **contrariedad al deber** tiene que resultar de la infracción de una norma que precisamente sirva[104] a la protección del bien jurídico afectado.

Se discute si un deber de garante también puede surgir de un hacer precedente cuando el comportamiento previo se había dirigido **dolosamente** a la realización del resultado (**por ejemplo**, A dispara contra B con la intención de matarlo; en principio, B solo resulta lesionado, pero A deja que se desangre). La jurisprudencia más reciente niega aquí la existencia de un deber de garante de modo que la posibilidad de un homicidio omisivo quedaría excluida ya en el ámbito del tipo[105]. Sin embargo, no se puede estar de acuerdo con ello, pues, si la causación imprudente basta ya para el surgimiento del deber especial, esto tiene que valer aún más para el comportamiento previo doloso. Solo de ese modo se asegura también la punibilidad de la intervención de terceros en la omisión. Sin embargo, por medio de un concurso de leyes el delito comisivo desplaza como *lex specialis* al delito omisivo[106].

Un comportamiento precedente **conforme al derecho** o al **tráfico** no funda- **1023**
menta al menos **ninguna posición de garante**, sino solo un deber de socorro en virtud del § 323c cuando se trata de la lesión de un agresor en legítima defensa[107]. Según la opinión dominante, lo mismo vale en caso de la lesión

103 Más detalladamente, BGHSt 38, 356, 358; BGH NStZ 92, 31 con observaciones crít. *Neumann*, JR 93, 161; BGH NStZ-RR 09, 366 con observaciones *Kudlich*, JA 10, 151; BGH BeckRS 14, 18558; *Arzt*, JA 80, 713; ampliamente, *Jakobs*, BGH-Wiss-FS, p. 29; *Roxin*, AT II, § 32 n. m. 143.

104 BGHSt 37, 106, 115; BGH NStZ 08, 276, 277 con discusión *Wilhelm*, NStZ 09, 15; *Rengier*, AT, § 50 n. m. 96 y ss.

105 BGH StV 96, 131; NStZ 14, 155, 156 (finalmente indeterminado); igualmente *Hillenkamp*, Otto-FS, p. 287; cfr. también *Hilgendorf/Valerius*, AT, § 11 n. m. 68 s; *Otto*, Lampe-FS, p. 512; *el mismo*, Geppert-FS, p. 441.

106 Por todos *Freund*, NStZ 04, 123; S/S/W-StGB-*Kudlich*, § 13 N. m. 22; *el mismo*, JA 13, 551, 552; *Kühl*, AT, § 18 N. m. 105a; T. *Walter*, NStZ 05, 241; referido a casos: *Steinberg/Wolfl Langlitz*, ZJS 13, 606, 607.

107 BGHSt 23, 327; BGH NStZ 00, 414 con discusión *Engländer*, JuS 01, 958; *Hoffmann-Holland*, AT, N. m. 767; *Ransiek*, JuS 10, 589; LK-*Rönnau/Hohn*, § 32 N. m. 288; *R. Schmidt*, AT, N. m. 801; *Walter*, Herzberg-FS, p. 503; *Zieschang*, AT, N. m. 617; abw. u. a. *Kühl*, JA 14, 507, 511.

de otro participante en el tráfico a pesar de una conducción impecable y cuidadosa[108].

Quien desencadena una acción defensiva mediante una agresión antijurídica y de ese modo **se coloca en peligro a sí mismo** no puede esperar que el ordenamiento jurídico imponga al agredido un deber de garante para su protección; esto contradiría el sentido del derecho a la legítima defensa[109].

También iría demasiado lejos imponerle al automovilista que se ha comportado cuidadosamente desde todo punto de vista, la extremadamente grave responsabilidad como garante y designarlo guardián del participante que ha provocado el accidente mediante su propio comportamiento contrario al tráfico y que tiene la exclusiva responsabilidad por la situación de peligro que surge como consecuencia de ello[110]. En tales casos, el deber general de socorro en el sentido del § 323c ofrece suficiente protección[111] al agresor o víctima de un accidente que llega a requerir ayuda.

1024 Aún no está aclarada definitivamente la cuestión respecto a si la posición de la opinión dominante, consistente en que un comportamiento precedente conforme al derecho no podría fundamentar por sí mismo ninguna posición de garante (v. n. m. 1023), tiene que reconocerse sin más o si en casos estrictamente excepcionales no se requiere más bien de una restricción. Ante todo parece razonable clasificar el uso de automóviles como la instauración de una fuente de peligro en la que el deber de garante que surge de ello no depende precisamente de la contrariedad al deber del comportamiento previo (v. n. m. 1014)[112].

También en los casos de una intervención precedente no punible en una autopuesta en peligro que un tercero realiza respecto de su propia vida mediante un hacer activo (n. m. 259, 964 y s.) viene en consideración una posición de

108 BGHSt 25, 218; ebenso *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 15 N. m. 66 y ss.; AnwK-StGB-*Gercke*, § 16 N. m. 14; *Rengier*, AT, § 50 N. m. 82 y ss.; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 N. m. 35; LK-*Weigend*, § 13 N. m. 45; a A. *Herzberg*, JZ 86, 986 und JuS 71, 74; *Jakobs*, AT, 29/39 y ss.; similar *Arzt*, JA 80, 712, 716.

109 BGHSt 23, 327; *Kudlich*, JA 14, 587, 591.

110 BGHSt 25, 218, 222.

111 Cfr., sin embargo, BGHSt 34, 82 con observaciones crít. *Ranft*, JZ 87, 859; *Rudolphi*, JR 87, 162.

112 MK-*Freund*, § 13 n. m. 123; *Frister*, AT, 22. Cap. n. m. 29 y ss.; *Jakobs*, Zurechnung, p. 37; *Kindhäuser*, LPK, § 13 n. M. 51; *Sowada*, Jura 03, 240; en contra *Roxin*, AT II, § 32 n. M. 167; sobre todo *Hillenkamp*, AT, p. 219.

garante por injerencia, cuando el peligro abstracto asumido conscientemente por la víctima se transforma en los hechos en un peligro real para su vida y el tercero es el único que puede impedir aún la muerte a través de contramedidas.

Ejemplo (según BGH NJW 16, 176): A y B pasan una tarde juntos en el apartamento de A. A toma una botella del producto de limpieza GBL (*Gammabutyrolaction*) y la bebe bastante diluida para provocarse una embriaguez (leve). A le dice a B que el consumo de GBL no diluido sería peligroso para la vida. No obstante, B bebe el producto sin haberlo diluido, como consecuencia de lo cual cae en un estado comatoso con riesgo para su vida. A, quien es completamente imputable, se da cuenta que B se halla en una situación de peligro para su vida y también es consciente de que aún podría salvarle llamando a un médico. Sin embargo, A no hace nada y B muere.

El BGH afirma que aquí existe un homicidio omisivo (§§ 212 y ss., 13). Si bien la puesta a disposición del producto de limpieza GBL no sería un homicidio imprudente porque se trataría de una cooperación (activa) no punible en la autopuesta en peligro de un tercero. Sin embargo, B solo habría asumido el *peligro* para la vida. Por lo contrario, él no quería su muerte. Por eso, a A le correspondería un deber de actuar —el cual iría más allá del deber general de socorro del § 323c— cuando B cayó en el estado de coma peligroso para su vida. En la literatura se critica[113] intensamente la "transformación" del hecho activo imprudente no punible en un delito omisivo punible que de ese modo se termina defendiendo. La crítica es correcta en cuanto a que el surgimiento de la situación de B no se puede imputar a A como obra suya, en tanto que se trata de una autopuesta en peligro por parte de B. Una autopuesta en peligro no crea para aquella persona que ha intervenido de modo no punible en ella ninguna responsabilidad especial que lo convierta en garante[114]. Sin embargo, este aspecto de la autopuesta en peligro queda superpuesto por el deber de aseguramiento del tráfico que le corresponde a A como anfitrión y propietario del apartamento, el cual lo obliga a evitar los daños inminentes por medio de los objetos peligrosos que se encuentran a disposición, incluso cuando el huésped haya reconocido con anterioridad el peligro de tales daños y los haya asumido conscientemente. El BGH tiene razón: la voluntad (no manifestada pero supuesta) de B de no querer morir permite hacer resurgir la responsabilidad de A derivada del deber de aseguramiento del tráfico respecto a la amenaza para la vida de B mediante los químicos puestos a disposición por A tras la pérdida del dominio sobre el curso de la acción por parte de B y de su traspaso a A. Como en el caso de la responsabilidad jurídico-penal por el producto (*supra* n. m. 1014) no es relevante la conformidad al derecho del hacer precedente.

▶ Casos de ejemplo en Beulke, Klausurenkurs I, n.m. 244 y Klausurenkurs III, n.m. 545.

113 *Eisele*, JuS 16, 276; *Jäger*, JA 16, 392; *Schiemann*, NJW 16, 178; dubitativo *Bosch*, Jura 16, 450.

114 Más detalladamente, *Hoven*, GA 2016, 16.

1025 Parecen existir dudas respecto a la medida en que aquel que está obligado por su injerencia a un determinado comportamiento puede "descargar" ese deber. Así, por ejemplo, si el autor que ha maltratado físicamente a su víctima le encarga a un tercero que se ocupe de la víctima. El principio de responsabilidad (v. n. m. 613 y s.) no permite una **transferencia** tal del deber de garante por injerencia a un tercero. A ello tampoco se opone que por su parte pueda[115] surgir para el tercero un deber de garante —adicional— por medio de la asunción (n. m. 1011).

1026 **dd)** Como consecuencia de consideraciones similares, la **puesta en circulación de productos**, cuya naturaleza hace surgir para el usuario el peligro de que se produzcan daños para la salud aun en caso de una utilización apropiada, también fundamenta un deber de tomar medidas que impidan los daños. Por ejemplo, puede ser necesaria la retirada del producto si ulteriormente se comprueba[116] la existencia de defectos en el producto. El **comportamiento precedente no tiene** que haber sido **contrario al deber**[117].

1027 En el **caso n.° 19a**, A estaba obligado en tanto garante, debido a su estrecha relación natural, a impedir la muerte de la abuela G. Los familiares más cercanos como los cónyuges, los parientes en línea recta y los hermanos se deben recíprocamente asistencia y ayuda en caso de **peligros para la integridad y vida** (la extensión del deber de protección es más restringida en caso de peligros para los bienes patrimoniales). En el presente caso, quedan excluidas las limitaciones que en el caso individual podrían ser imaginables con base en la edad, la constitución del obligado a actuar o también, bajo ciertas circunstancias, debido a la falta de una comunidad familiar efectiva.

6. La equivalencia de hacer y omitir

1028 Según el § 13.I parte 2 ("cláusula de correspondencia") la responsabilidad jurídico-penal del garante depende además de que su omisión respecto a la evitación del resultado se corresponda con la realización del tipo legal mediante un hacer activo (denominada equivalencia de las modalidades). A ese

115 En ese sentido BGH NStZ 03, 259 con observaciones a favor *Jasch*, NStZ 05, 8.

116 BGHSt 37, 106 (caso *Lederspray*) con discusión *Beulke/Bachmann*, JuS 92, 737.

117 Más profundamente, al respecto, *Bloy*, *Maiwald*-FS, p. 35; *Bode*, BGH-Prax-FS, p. 515; *Böse*, wistra 05, 41; *Di Lorenzo*, Probleme der strafrechtlichen Produkthaftung, 2013; *Kudlich/Oğlakcıoğlu*, Wirtschaftsstrafrecht, 2. Ed. 2014, n. m. 124 y ss.; Achenbach/Ransiek/Rönnau-*Kuhlen*, 2. Parte 1. Cap. n. m. 5 y ss.; *el mismo*, Eser-FS, p. 359; *Otto*, Hirsch-FS, p. 291; *Puppe*, JZ 94, 1147; *Schünemann*, Amelung-FS, p. 303, 316; *Roxin*, AT II, § 32 n. m. 198 y ss.; un interesante caso planteado en un examen universitario en *Esser*, Jura 04, 273.

elemento típico[118] solo le corresponde una relevancia independiente en el ámbito de los así denominados **delitos vinculados a una conducta**, los cuales requieren una determinada modalidad de acción, o sea, no se satisfacen con cualquier causación del resultado, sino que como, por ejemplo, en el §§ 211.II 2. Grupo (alevosía, etc.), 240 (coacción), 263 (engaño), describen más detalladamente la forma precisa en la que debe causarse el resultado[119].

En el **caso n.° 19a**, además de la posición de garante de A no se requiere ninguna constatación adicional de la equivalencia en el sentido de la "cláusula de correspondencia" del § 13.I porque el § 212 no exige ninguna modalidad comisiva ni un desvalor del comportamiento especial para el homicidio doloso. **1029**

7. El dolo de la omisión

El principio de que el **dolo** es el "conocimiento y la voluntad de la realización del tipo" (v. n. m. 306) que rige para los delitos comisivos solo resulta adecuado para las omisiones bajo ciertas condiciones, puesto que en estas faltas la voluntad de realización contenida en el hacer activo. Una omisión dolosa consiste en una **decisión entre la inactividad y un hacer posible**[120]. En el caso de los delitos de omisión impropia el objeto del dolo es el conjunto de los elementos que satisfacen el tipo objetivo, incluyendo las circunstancias que fundamentan la posición de garante. Al dolo típico pertenece la voluntad de permanecer inactivo con el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y con consciencia de la posibilidad de la evitación del resultado cuya producción amenaza con producirse[121]. Para el dolo de la omisión también basta el dolo eventual[122]. **1030**

Por consiguiente, el **error** sobre la posición de garante es un error de tipo (§ 16.I 1); en cambio, el error sobre el deber de garante como tal es un "error sobre un mandato"[123] (cfr. n. m. 1038) perteneciente al error de prohibición (§ 17).

118 Distinto *Hertel*, Ad legendum 13, 68 (condición objetiva de la punibilidad); acertadamente *Fahl*, JA 13, 674.

119 *Ingelfinger*, GA 1997, 573; *Ransiek*, JuS 10, 589; *Roxin*, AT II, § 32 n. m. 218; *Satzger*, Jura 11, 749; S/S-*Stree/Bosch*, § 13 n. m. 4; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 77; en contra *Arzt*, JA 80, 712, 717; *Kargl*, ZStW 119 [2007], 250; *Perdomo-Torres*, Jakobs-FS, p. 497.

120 BGHSt 19, 295, 299; 46, 373, 379.

121 Cfr. BGH StV 85, 229 con observaciones *Schünemann*.

122 BGH NStZ 00, 414 con observaciones a favor *Engländer*, JuS 01, 960.

123 BGHSt GrS 16, 155; más profundamente, *Satzger*, Jura 11, 432.

1031 En el **caso n.° 19a**, si bien existe una posición de garante basada en una estrecha relación familiar, sin embargo, A no reconoce esto, sino que cree que G es una vecina frente a la cual no existe una posición de garante. Es decir, aquí decae el dolo típico, § 16.I 1. Por eso, A no es punible por homicidio doloso omisivo (§§ 212, 13). Aquí se excluye una sanción por homicidio imprudente omisivo, la cual sería posible de acuerdo con el § 16.I 2, ya por la razón de que la inevitabilidad del error hace que ninguna infracción del deber de cuidado sea reconocible.

8. La intervención en la omisión y por medio de una omisión

1032 **a)** Quien interviene en un delito omisivo **mediante un hacer positivo** puede ser[124] tanto un coautor como también instigador o cómplice. Puesto que en ese sentido se trata de un hecho comisivo, no se requiere de una posición de garante. De acuerdo con la opinión dominante aquí rigen las mismas reglas de delimitación entre autoría y participación (v. n. m. 743 y ss.)[125].

Dado que la posición de garante constituye un elemento personal especial que fundamenta la punibilidad, para el caso de la participación de alguien que no es garante viene en consideración una atenuación de la pena según el § 28.I (muy discutido, v. n. m. 800)[126].

1033 **b)** Una intervención **mediante una omisión** es posible tanto en la forma de una intervención de varios en un delito omisivo[127], como en la forma de una cooperación del omitente en un delito comisivo[128]. Según una opinión acertada, en todas las formas de la intervención se requiere de un deber de garante del omitente.

Aún no se ha aclarado definitivamente si junto a la autoría individual y coautoría también es imaginable una **autoría mediata por omisión**:

Ejemplo: La enfermera K, encargada de vigilar a un enfermo mental, deja de modo consciente y voluntario que este ataque violentamente a otro paciente. Es indiscutible que aquí K es punible como autor por omisión. Mientras que una parte de la doctrina afirma que en

124 Cfr. BGH NStZ 98, 83.

125 *Hillenkamp*, AT, p. 225; *Satzger*, Jura 15, 1055; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 86 s.; véase también *Hoffmann-Holland*, AT, n. m. 798 y ss.

126 Como aquí *Fischer*, § 28 n. m. 5a; en contra Matt/Renzikowski-*Haas*, § 28 n. m. 15; Lackner/Kühl-*Kühl*, § 28 n. m. 6.

127 Cfr. BGHSt 37, 106, 129; *Bachmann/Eichinger*, JA 11, 509.

128 Cfr. BGHSt 38, 356, 360.

los casos como este existe una autoría directa omisiva[129], la jurisprudencia y la literatura, entretanto ya dominante, parten acertadamente de una autoría mediata por medio de una omisión[130]. La crítica consistente en que esta figura jurídica sería innecesaria o incluso dogmáticamente insostenible, pues la necesidad supuestamente obligatoria de una influencia del hombre de atrás sobre el hombre de adelante en la autoría mediata no podría tener lugar a través de una mera inactividad no resulta convincente dado que esta forma de autoría únicamente requiere que el "instrumento" exhiba un defecto y que el hombre de atrás tenga el suceso en sus "manos" como consecuencia de su voluntad directiva planificada (v. n. m. 773). Ambos criterios se cumplen aquí.

No menos discutida es la forma en la que tiene que llevarse a cabo la delimitación entre autoría y participación, siendo este problema únicamente relevante para la delimitación entre **autoría** y **complicidad**. La jurisprudencia también se orienta aquí predominantemente a criterios subjetivos, en especial, al interés en el resultado del hecho y subsidiariamente al dominio del hecho[131]. Otros consideran que el omitente, que toma parte en un delito comisivo, siempre es un cómplice[132] o a la inversa que él siempre es un autor[133] a causa del deber de garante (delito de deber) que le incumbe[134]. De nuevo, otros clasifican siempre al garante de protección (v. n. m. 1007 y ss.) como un autor y al garante de vigilancia (v. n. m. 1013 y ss.) únicamente como partícipe[135]. **1034**

129 *Gropp*, AT, § 10 n. m. 68 s.; S/S-*Heine/Weißer*, § 25 n. M. 57; *Jescheck/Weigend*, AT, § 62.IV 2; MK-*Joecks*, § 25 n. M. 179; *Krey/Esser*, AT, n. M. 1185; S/S/W-StGB-*Kudlich*, § 13 n. M. 46; *Kühl*, AT, § 20 n. M. 267; *Mosenheuser*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, p. 123; *Otto*, Grundkurs AT, § 21 n. M. 108; *Rengier*, AT, § 51 n. M. 5; *Roxin*, AT II, § 31 n. M. 175; *Streng*, ZStW 122 [2010], 1, 16 s.; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 85; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 27.

130 BGHSt 40, 257, 266; 48, 77, 89 y ss. (caso *Politbüro*) con observaciones en contra *Knauer*, NJW 03, 3101; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 29 n. m. 118; *Brammsen*, NStZ 00, 337; *Frister*, AT, 27. Cap. n. m. 47; *Kindhäuser*, AT, § 39 n. m. 37; LK-*Schünemann*, § 25 n. m. 214; HK-GS-*Tag*, § 13 n. m. 29.

131 BGHSt 54, 44, 51; BGH NJW 66, 1763 (caso *Schamhaar*); BGH NStZ 09, 321 con observaciones *Bosch*, JA 09, 655; BGH NStZ 12, 379 (caso *Würge*).

132 S/S/W-StGB-*Kudlich*, § 13 n. m. 43; *Kühl*, AT, § 20 n. m. 230; LK-*Weigend*, § 13 n. m. 95; *Yamanaka*, Schünemann-FS, p. 562.

133 *Bachmann/Eichinger*, JA 11, 105, 107; *M. Heinrich*, p. 320; *Kindhäuser*, Hollerbach-FS, p. 627, 649; *Murmann*, Grundkurs, § 29 N. m. 98 s; *Roxin*, Täterschaft, p. 739, 750; *el mismo*, AT II, § 31 n. m. 140 y ss.; *Sanchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, p. 147, 177; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 14 n. m. 13; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 26.

134 *Bachmann/Eichinger*, JA 11, 105, 107; *M. Heinrich*, p. 320; *Kindhäuser*, Hollerbach-FS, p. 627, 649; *Murmann*, Grundkurs, § 29 N. m. 98 s.; *Roxin*, Täterschaft, p. 739, 750; *el mismo*, AT II, § 31 n. M. 140 y ss.; *Sanchez-Vera*, Pflichtdelikt und Beteiligung, 1999, p. 147, 177; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT, § 14 n. M. 13; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. M. 26.

135 *Herzberg*, p. 82 y ss.; *Krey/Esser*, AT, n. m. 1182; similar en el principio *Bosch*, JA 07, 418; *Haas*, ZIS 11, 392; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 49 n. m. 91; *Otto*,

Aquí también parece preferible orientarse por el dominio del hecho (v. n. m. 750 s.)[136].

No obstante, resulta problemático como ha de entenderse este criterio en el contexto de los delitos de omisión. En el marco de una valoración normativa hay que orientarse preferentemente por el **grado de las posibilidades potenciales de influencia** que tiene el garante. Una relevancia indiciaria corresponde aquí al hecho de si él —de haber satisfecho su deber de actuar— sería considerado como autor o, sin embargo, como cómplice ("dominio potencial del hecho")[137]. Antijuridicidad y colisión de deberes justificante.

▶ Casos de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs II, n.m. 29 y Klausurenkurs II, n.m. 106.

III. Antijuridicidad y colisión de deberes justificante

1035 En los delitos de omisión, la antijuridicidad también es indiciada por medio de la realización del tipo del injusto. Sin embargo, ella también puede quedar excluida mediante causas de justificación. Junto a las causas de justificación generales viene en consideración especialmente la **colisión de deberes**. Existe una colisión de deberes cuando diversos deberes a actuar jurídicamente fundamentados se dirigen a un destinatario de la norma de forma tal que este solo puede cumplir uno a costa del otro, es decir, tiene necesariamente que lesionar uno de ellos, sea como él se comporte.

Si en cambio el conflicto de deberes concierne a un deber de actuar y a un deber de omitir (como arriba en el **caso 9b** la exigencia de rescatar a S, quien se encuentra gravemente lesionado y la prohibición de una intervención en la integridad corporal de P, quien no se haya preparado para la donación de sangre), solo vienen en consideración las reglas del estado de necesidad justificante (v. n. m. 444 y ss., 473)[138].

Grundkurs AT, § 21 n. m. 50, sin embargo, con una consideración más fuerte de la "cualidad" del deber en el caso concreto (más bien a la inversa: *Krüger*, ZIS 11, 1, 7); similar *Murmann*, Beulke-FS, p. 181, 193 (autoría, cuando la evitación del resultado es el fin de protección del deber de garante – participación, cuando lo es la reducción del riesgo del hecho principal).

136 MK-*Joecks*, § 25 n. M. 270; Maurach/Gössel/Zipf-*Renzikowski*, AT/2, § 49 n. M. 87; *Ransiek*, JuS 10, 680; *Rengier*, JuS 10, 284; HK-GS-*Tag*, § 13 n. M. 28; adicionalmente: *Hillenkamp*, AT, p. 154; *Hoffmann-Holland*, ZStW 118 [2006], 620; *Mosenheuer*, Unterlassen und Beteiligung, 2009, p. 159 y ss.; SK-*Rudolphi/Stein*, Vor § 13 n. M. 54; *Schwab*, Täterschaft und Teilnahme bei Unterlassungen, 1996; referido a casos *T. Zimmermann*, JuS 11, 629, 632.

137 S/S-*Heine/Weißer*, Vor §§ 25 y ss. n. M. 102; *Satzger*, Jura 15, 1055, 1063; *Wengenroth*, JA 14, 428, 429.

138 *Kindhäuser*, LPK, § 34 n. M. 56; *Küper*, Pflichtenkollision, p. 19, 29, 34; *Mitsch*, Rechtfertigung, p. 206.

Solo se puede hablar de una genuina colisión de deberes cuando ambos deberes jurídicos en colisión reclaman validez. Si uno de ellos queda relegado por razones de subsidiariedad, entonces se trata de una mera colisión aparente, pues en realidad solo existe un deber (cfr. n. m. 1050 y ss.).

De acuerdo con los principios de la colisión de deberes justificante, el autor **1036** no actúa de modo antijurídico si en caso de deberes de distinto rango cumple el deber que posee el rango más alto a costa del deber de segundo rango y en caso de deberes del mismo valor cumple con uno de ellos. La negación de la antijuridicidad se sigue aquí de que, bajo las circunstancias existentes, el destinatario de la norma no puede cumplir al mismo tiempo con ambos deberes de actuar y que en el caso recién mencionado el deber que tiene que ser considerado como el de mayor rango merece preferencia, mientras que en el caso de colisión de deberes de actuar del mismo valor tiene que bastar para la exclusión del injusto que, en el marco de su capacidad de actuar, el autor se haya comportado de conformidad al deber. En el conflicto entre **deberes de salvación del mismo valor,** el ordenamiento jurídico le permite al destinatario de la norma el decidirse por uno o por otro; él actúa conforme a derecho, pues él solo puede preferir uno u otro deber[139].

La **relación de jerarquía entre los deberes que entran en colisión** depende del valor de los bienes en peligro (por ejemplo, vida, salud, patrimonio), la posición jurídica del destinatario de la norma respecto al objeto protegido (posición de garante o mero deber de ayuda), la cercanía del peligro y la mayor o menor probabilidad de la producción del daño.

Es decir, si un deber de garantía respecto de la vida de un individuo (§§ 212, 13) colisiona con el "deber de salvar la vida" del § 323c (omisión de socorro) respecto a otra persona, entonces la primacía la tiene el deber de garante en el sentido del § 13. La menor valía del deber general de socorro es reconocible en el hecho de que según el texto explícito del § 323c la prestación de esa ayuda no es exigible cuando ella lleva a la lesión de otros deberes importantes[140].

139 *Gropp*, Hirsch-FS, p. 207; *Küper*, JuS 87, 81, 89; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 32 y ss. n. M. 73 y ss.; *Mitsch*, JA 06, 509; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. M. 115 s.; SK-*Rudolphi/Stein*, Vor § 13 n. m. 45; *Satzger*, Jura 10, 753; similar *Otto*, Jura 05, 472 (no antijurídico); distinto *Jescheck/Weigend*, AT, § 33.V 2 (causa de exclusión de la culpabilidad); de forma resumida *Neumann*, Roxin-FS, p. 421; *Scheid*, Grund- und Grenzfragen der Pflichtenkollision beim strafrechtlichen Unterlassungsdelikt, 2000, p. 99 (solución del tipo); como este MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 217; véase también *Joerden*, Otto-FS, p. 331 (respecto a la colisión de permisos).

140 *Beulke*, Küper-FS, p. 1; *B. Heinrich*, AT, n. m. 516; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor § 32 n. m. 75; *Rönnau*, JuS 13, 113; *Roxin*, AT I, § 16 n. m. 123; *Stratenwerth/Kuhlen*, AT,

1037 En el **caso n.° 19b** se trata de la colisión de **dos deberes de garantía**; A estaba obligado respecto de B como de G, en tanto "garante", a la evitación del resultado. Sería erróneo considerar prioritaria la salvación de B porque este aún se hallaba en la "flor de la vida" y G ya había alcanzado el umbral de la vejez; para el derecho penal toda vida es absolutamente equivalente. Es decir, A no ha omitido antijurídicamente la salvación de G a causa de una colisión de deberes justificante.

IV. La reprochabilidad de la omisión contraria al deber

1. El error respecto al deber de garantía

1038 Si el omitente conoce todas las circunstancias que fundamentan su posición de garante, pero, sin embargo, cree que está permitido omitir la acción jurídicamente exigida, entonces se halla en un **error respecto a un mandato** (error sobre un deber de garantía), el cual tiene que tratarse bajo las mismas reglas que el **error de prohibición** en el marco de un delito comisivo[141].

Sin embargo, aquí una disculpabilidad del error ha de aceptarse con más razón que en las lesiones de bienes jurídicos provocadas mediante un hacer activo[142]. En ese sentido, hay que considerar el tipo de acción exigido por la ley, las concretas circunstancias bajo las que debe suceder esto y además a quién incumbe el deber de actuar. Cuando en una situación de emergencia extraordinaria hay que tomar una decisión rápida para actuar y se trata de una situación de una vida frente a otra, la representación de la ausencia de un "derecho previo de salvación" puede representar un error sobre un mandato excluyente de culpabilidad (o por lo menos atenuante de la culpabilidad).

1039 El **caso n.° 19c,** A ha realizado el tipo de homicidio mediante una omisión contraria al deber respecto a B (§§ 212, 13). No existe una colisión de deberes justificante, puesto que A solo posee una posición de garante respecto de B. Para una posición de garante respecto de F falta —pese a una relación fuertemente emocional— un fundamento jurídico (v. n. m. 1009). Sin embargo, A creyó que le estaba permitido comportarse de esa manera. Puesto que en la situación concreta ese **error sobre un mandato** era inevitable, la culpabilidad de A decae en virtud del § 17.

§ 9 n. m. 124; para la equivalencia de los deberes *Joecks*, St-K § 13 n. m. 54.

141 BGHSt GrS 16, 155; más profundamente, *Satzger*, Jura 11, 432.

142 BGHSt 19, 295, 299.

2. La exigibilidad del comportamiento conforme a derecho

La jurisprudencia y la doctrina coinciden ampliamente en que también, en el caso de los delitos de omisión impropia, (de forma similar a los delitos imprudentes, cfr. n. m. 976) la punibilidad de la inactividad se encuentra bajo la reserva de la **exigibilidad de un comportamiento conforme a derecho**[143]. Sin embargo, se halla abierta la cuestión referida al nivel de valoración en el que debe ser considerada esta perspectiva y si este criterio regulador afecta ya al deber de actuar como tal. Teniendo como referencia que la ley equipara al garante en el sentido del § 13, bajo los requisitos ahí mencionados, con el autor comisivo, tiene que partirse que aquí la cuestión de la exigibilidad, a diferencia de algunos delitos de omisión propia[144], no puede surgir en el nivel del tipo[145] ni tampoco como causa de justificación[146], sino, de acuerdo con las reglas generales, recién en el **ámbito de la culpabilidad**[147]. Respecto a la inexigibilidad de un comportamiento conforme a la norma en el caso de autores por convicción o conciencia (v. n. m. 676). **1040**

Esta diferencia de ideas tiene **relevancia práctica** ante todo para la cuestión respecto a si la suposición errónea del autor de que no le sería exigible efectuar la acción de salvación objetivamente necesaria haría decaer el dolo en virtud del § 16.I 1. Otras consecuencias surgen en el ámbito de la participación; quien debido a la exigibilidad del comportamiento niega ya la tipicidad o la antijuridicidad extrae simultáneamente con ello el fundamento exigido a la participación en los §§ 26, 27.

3. La *omissio libera in causa*

La *actio libera in causa* (n. m. 633), reconocida en los delitos comisivos, tiene su correspondencia en los delitos de omisión en la denominada *omissio libera in causa*. Sin embargo, este problema no adquiere relevancia recién **1041**

143 Más detalladamente, BGHSt 48, 77, 89; BGH NStZ 84, 164; en general en contra MK-*Schlehofer*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 273; sobre todo *Momsen*, Zumutbarkeit, p. 385 y ss.

144 Cfr. § 138 y § 323c; sobre el último: BGHSt 11, 135 y 353; BGH FamRZ 64, 418.

145 Para ello *Fischer*, § 13 n. m. 44; Matt/Renzikowski-*Haas*, § 13 n. m. 30; *Krey/Esser*, AT, n. m. 1172; *Ransiek*, JuS 10, 586; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 17; véase también BGH JR 94, 510 con observaciones *Loos*; OLG Karlsruhe MDR 75, 771.

146 Para ello *Gropp*, AT, § 11 n. m. 55 s.; *Köhler*, AT, p. 297.

147 BGHSt 6, 46, 57; *Jescheck/Weigend*, AT, § 59.VIII; *Kühl*, AT, § 18 n. m. 140; LK-*Rönnau*, Vor § 32 n. m. 322 y ss.; *Roxin*, AT II, § 31 n. m. 231; diferenciadamente, *Küper*, Pflichtenkollision, p. 86 y ss., 95, quien en caso de una salvaguardia de intereses propios que por lo menos sean equivalentes acepta un efecto justificador, o por lo demás solo un efecto disculpante.

en el ámbito de la culpabilidad, sino ya en el del tipo, porque allí tiene que determinarse que en el momento del hecho el autor podía efectuar física y realmente la acción exigida (n. m. 996). Que el garante se haya incapacitado dolosamente a actuar mediante un comportamiento anterior no se opone a la circunstancia de que al producirse el peligro para el bien jurídico a proteger él ya no es capaz de actuar.

Ejemplo: El salvavidas R se embriaga por completo durante su turno, aunque es consciente que en ese estado ya no podrá salvar ninguna vida humana, lo cual acepta respecto a los pocos nadadores que se hallan presentes. De hecho, poco después uno de esos nadadores se ahoga. El nadador habría podido ser rescatado fácilmente por R con las medidas de rescate ordinarias.

Pese a la incapacidad de actuar presente, la literatura dominante defiende acertadamente una punibilidad según las reglas del delito omisivo (en el ejemplo: §§ 211 y ss., 13). Al obligado a actuar le alcanza la prohibición de incapacitarse a actuar o de extraerse de algún otro modo para el cumplimiento del mandato[148].

V. La tentativa en las omisiones dolosas

1042 En los **delitos de omisión propia**, que el StGB prevé, la tentativa solo ocasionalmente lleva conminada una pena (cfr. § 283 III en conexión con el § 283.I Nr 5 primera alternativa y Nr 7b). Aquí viene en consideración una tentativa de omisión cuando la decisión a la inactividad se manifiesta mediante acciones externas de un modo suficientemente reconocible[149]. Sin embargo, la punibilidad de la tentativa adquiere por lo regular una relevancia práctica en los **delitos de omisión impropia,** los cuales serán vistos a continuación. Sin embargo, tiene que resaltarse que la estructura de la tentativa sigue en general la de un delito comisivo (cfr. n. m. 1203), es decir, también hay que constatar en primer lugar que no se ha producido una consumación y que la tentativa del respectivo delito es punible.

148 *Satzger*, Jura 06, 513, 517; véase también *Baumann/Weber/Mitsch*, AT § 15 n. m. 29; *Gimbernat*, Schünemann-FS 351; *Kühl*, AT § 18 n. m. 22; crít. *Baier*, GA 1999, 272; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 13.

149 S/S-*Eser/Bosch*, § 22 n. m. 53; LK-*Hillenkamp*, Vor § 22 n. m. 102.

1. La delimitación entre actos preparatorios y tentativa

Los principios para la determinación del **inicio de la tentativa** desarrollados en el marco del delito comisivo (v. n. m. 852 y ss.) pueden trasladarse con algunas atingencias a los delitos de omisión impropia[150]. Lo decisivo para la cuestión respecto a cuándo el autor omisivo "se dispone inmediatamente a la realización del tipo legal" (§ 22) en la correspondiente decisión al hecho es el inicio de la infracción del deber en el ámbito de una concreta situación de peligro. Anteriormente, la doctrina se orientaba aquí parcialmente al hecho de dejar pasar la primera posibilidad de salvación[151] y parcialmente al desaprovechar la última oportunidad de salvación[152]. Correctamente **debe distinguirse del siguiente modo**: 1043

La ley exige el cumplimiento inmediato del deber de salvación si, de acuerdo con la representación del garante, el objeto protegido ya ha sucumbido a un peligro directo y existe la **proximidad de la producción del resultado típico**. Aquí tiene que afirmarse la tentativa tan pronto como el garante, a causa de su decisión al hecho, deje pasar inútilmente la **primera** posibilidad de actuación idónea para la evitación del resultado porque para él toda otra posibilidad de salvación se le presenta como algo casual.

Ejemplo: Si un niño cae al agua, el garante obligado a realizar el socorro tiene que intervenir inmediatamente. En caso de que concurra el respectivo dolo, existe una tentativa de acuerdo con los §§ 212, 22, 23 I si no se utiliza la primera posibilidad de salvación (por ejemplo, coger el brazo extendido del niño), aunque la salvación también sea posible en un momento posterior y de alguna otra forma (por ejemplo, arrojando un salvavidas o el uso de un bote de rescate).

En caso de un peligro todavía lejano y de **ausencia de una proximidad de producción del resultado** la tentativa empieza en el momento en el que el peligro entra a un nivel agudo y el garante sigue permaneciendo inactivo o en el cual el garante abandona la posibilidad de intervenir con fines de salvación y deja que el suceso siga su curso[153]. 1044

150 Más detalladamente, BGHSt 38, 356; 40, 257, 268.

151 Así, entre otros, *Herzberg*, MDR 73, 89; *Schröder*, JuS 62, 81.

152 Así, *Armin Kaufmann*, Unterlassungsdelikte, p. 210 y ss.; *Welzel*, Lb, p. 221.

153 Véase *Bosch*, Jura 11, 914; S/S-*Eser/Bosch*, § 22 n. M. 50 s.; MK-*Freund*, § 13 n. M. 243; *Frisch/Murmann*, JuS 99, 1199; *Kudlich*, JA 08, 601; *Rönnau*, JuS 14, 109, 112; *Roxin*, AT II, § 29 n. M. 217; SK-*Rudolphi/Stein*, Vor § 13 n. M. 65 y ss.; crít. LK-*Hillenkamp*, § 22 n. M. 148.

Ejemplos: El guardavía S encuentra a su hermano B en estado de ebriedad y echado sobre los rieles del tren. Sin embargo, si el próximo tren recién tiene que llegar en una hora, entonces un aplazamiento de la acción salvadora aún no fundamenta una tentativa de homicidio por omisión siempre que la situación de N no empeore y el riesgo de la producción del resultado no se incremente. En cambio, hay que afirmar una tentativa si S no ejecuta ninguna medida de salvación en el momento en el que ha de considerarse que el tren llegará pronto o si S (independientemente del momento) sin tener la voluntad de retornar a tiempo se marcha del lugar de peligro y deja a su suerte a B (v. respecto a la semejante argumentación en la *omissio libera in causa* n. m. 1041).

Si una madre deja morir de inanición a su hijo pequeño, la tentativa de homicidio empieza cuando mucho tan pronto como la privación de la alimentación perjudique de modo no irrelevante el bienestar físico del niño, es decir, cuando asume un carácter peligroso para el bien jurídico. Ya antes de este momento podrá afirmarse la tentativa si la mamá desampara a su hijo sin las respectivas precauciones y abandona el suceso[154].

▶ Ejemplos en *Beulke*, Klausurenkurs I, n.m. 315 y Klusurenkurs III, n.m. 632.

2. El desistimiento de la tentativa de la omisión

1045 La regulación del desistimiento del § 24 (v. n. m. 885 y ss.) solo se puede trasladar a la tentativa de la omisión bajo determinadas atingencias:

1046 **a)** También la tentativa de la omisión puede ser una tentativa **fracasada**[155].

En primera línea hay que partir de ello cuando el autor reconoce que él ya no podría conseguir el resultado típico solo mediante la omisión y tampoco se encuentra a su disposición ningún medio para conseguir el resultado a través de un hacer positivo.

Ejemplo: Una persona con un deber de garante, que quiere dejar que otro se ahogue, reconoce que un tercero ya ha iniciado medidas de salvación efectivas. Incluso si el garante comienza a efectuar acciones salvadoras sigue siendo punible como consecuencia del fracaso de la tentativa (v. n. m. 889).

1047 **b)** Existe una **tentativa inacabada** en tanto, según la representación del autor, la producción del resultado típico aún puede evitarse mediante la ulterior realización de la acción originalmente exigida.

154 Véase BGHSt 38, 356; 40, 257, 270 y ss.; *Roxin*, Maurach-FS, p. 213, 231; sobre todo: *Hillenkamp*, AT, p. 107.

155 BGH NJW 03, 1057 con observaciones a favor *Freund*, NStZ 04, 326; *Kudlich*, JR 03, 380.

En el **ejemplo** de la madre que quiere dejar morir de inanición a su pequeño hijo, la tentativa está inacabada en tanto la madre asuma que es posible mantener la vida del niño volviendo a alimentarlo normalmente.

Si el autor realiza posteriormente la acción que, en principio, había omitido suponiendo erróneamente que con ello se impediría la producción del resultado, entonces todo el riesgo de la evitación del resultado —como en el desistimiento del delito comisivo (v. n. m. 888)— es de cargo del autor. Es decir, si se produce el resultado, entonces a pesar del cumplimiento ulterior del deber de garante será sancionado por un hecho consumado[156].

c) En cambio, la tentativa está **acabada** tan pronto como según la representación del autor, la realización ulterior de la acción originalmente exigida no baste por sí misma para impedir el resultado típico, sino que más bien serían necesarias otras medidas. **1048**

Esto vale en el **ejemplo** anterior si la madre cree que ya no es posible salvar al niño ya debilitado reanudando el suministro de alimentos sino solo con asistencia médica (alimentación artificial en el hospital etc.)[157].

La opinión contraria considera superflua una distinción entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada de la omisión, porque el desistimiento en los delitos de omisión impropia siempre tendría que consistir en una actividad que impida el resultado[158]. Sin embargo, esto no es correcto. Excepcionalmente, de acuerdo con el § 24.I 1 Alt. 1, una simple renuncia pasiva a seguir ejecutando el hecho también puede dar lugar[159] a un desistimiento en los delitos de omisión impropios:

Ejemplo: El padre V va a navegar con su pequeña hija T, a quien detesta. Cuando esta última, a causa de un descuido, cae por la borda y —dado que no sabe nadar— va a parar a una

156 Cfr. BGH NJW 00, 1730; NStZ 12, 29 (*caso Kindstod*) con observaciones *Mandla*; *Fischer*, § 24 n. m. 14a; de otra opinión Lackner/Kühl-*Kühl*, § 24 n. m. 22a.

157 Como aquí: S/S-*Eser/Bosch*, § 24 n. m. 27 – 30; *Kühl*, AT, § 18 n. m. 152 y ss.; Maurach/Gössel/Zipf-*Gössel*, AT/2, § 40 n. m. 106; *Wolter*, Zurechnung, p. 100, 259; distinto *Frister*, AT, 24. Cap. n. m. 24.

158 BGH NStZ 03, 252; *Freund*, AT, § 8 n. m. 67; *Jakobs*, AT, 29/116; *Köhler*, AT, p. 482; *Roxin*, AT II, § 29 n. m. 269; NK-*Wohlers/Gaede*, § 13 n. m. 25; ampliamente también *Küper*, ZStW 112 [2000], 1.

159 *Engländer*, JZ 12, 130; *Rengier*, AT, § 49 n. m. 65; cfr. también BGH NStZ 10, 690, 692 (caso *Benzin*); MK-*Herzberg/Hoffmann-Holland*, § 24 n. m. 83; referido al caso: *Abraham*, JuS 13, 903, 908 s.

situación de peligro para su vida, V toma la decisión de dejar que se ahogue. En el último momento, T logra coger una cuerda y trepar de nuevo al bote. V renuncia a hundir a T de nuevo en el agua.

De acuerdo con el § 24.I 1 Alt. 1, aquí V se ha desistido de una tentativa de homicidio por omisión. El caso no puede resolverse de otra forma, es decir, como si V hubiera empujado activamente a T al agua y hubiese dejado que el suceso corriera su curso.

1049 **d)** También es concebible una **tentativa inidónea** de la omisión[160], como consecuencia de lo cual es posible un desistimiento en tanto el autor omisivo no reconozca la inidoneidad.

Ejemplo (según el BGH StV 98, 369): En medio de una violenta pelea E ha sido empujada por su hijo S contra un rincón del cuarto de baño, como consecuencia de lo cual algunas partes de su cuerpo tocan la calefacción, que en ese momento se hallaba funcionando a la máxima potencia. En ese momento, E ya no podía liberarse con sus propias fuerzas. Tras varias horas —luego de las cuales E ya se hallaba herido mortalmente como consecuencia de las quemaduras— M, marido de E, la encuentra en una situación de desamparo. En principio, M no hace nada para liberar a E aceptando su muerte. Sin embargo, M se lo piensa mejor y ayuda a E, quien, sin embargo, muere poco después.

Aquí se excluye un homicidio por omisión consumado de M contra E debido a la falta de causalidad, puesto que E ya había sido lesionada mortalmente con anterioridad. Parece posible una tentativa de homicidio por omisión. Únicamente resulta dudoso si M se ha desistido de ello de un modo en el que queda exento de punibilidad. Contrariamente a la opinión del BGH, esto no se puede negar ya "porque él ya no podía impedir la consumación del hecho". Esta circunstancia solo excluye la punibilidad de la consumación. Más bien se trata de una tentativa inidónea respecto de una omisión porque quien se halla agonizante y, por lo tanto, no puede ser salvado ya constituía un **objeto inidóneo de la acción.** La regulación restringida a los delitos comisivos § 24.I 2 se fundamenta en la idea general de que un desistimiento de una tentativa inidónea es posible en tanto el autor no haya reconocido la inidoneidad de la tentativa. Si por consiguiente M, ignorando que E ya no podía ser salvada, buscó impedir seria y voluntariamente su muerte, entonces hay que considerar aquí que él se desistió de la tentativa de homicidio omisivo de un modo eximente de punibilidad[161].

160 Igualmente, LK-*Hillenkamp*, § 22 n. m. 193; contra una punibilidad NK-*Zaczyk*, § 22 n. m. 60.

161 Así también *Brand/Fett*, NStZ 98, 507; *Kudlich/Hannich*, StV 98, 370; *Kudlich/Schuhr*, JA 07, 349, 352; *Stuckenberg*, JA 99, 273; en el resultado, en contra *Küpper*, JuS 00, 225, 228 s.

VI. El tipo de los delitos de omisión propios

Junto a la responsabilidad jurídico-penal con base en las reglas del delito de omisión impropia tiene siempre que pensarse que también puede surgir un deber de actuar de un **delito de omisión propia** (v. n. m. 982). En la praxis es sobre todo relevante el tipo de la omisión de socorro (§ 323c). 1050

Para los casos en los que concurre la situación típica descrita más detalladamente en la ley (accidente o peligro común), el § 323c fundamenta un deber general de socorro basado en el principio de solidaridad, el cual tiene que ser cumplido[162] por cada uno, dentro de los límites de la necesidad, de la exigibilidad y de la capacidad individual de rendimiento con el objetivo de prevención de daños. Para evitar una carga excesiva, el legislador ha limitado aquí el surgimiento de este deber ya en el nivel del tipo a través del elemento de la **exigibilidad** (v. n. m. 1040), el cual puede alcanzar incluso a quienes no han intervenido para nada.

De acuerdo con la regulación legal solo se puede afirmar la exigibilidad cuando la prestación de socorro sea "posible sin un peligro relevante para sí mismo y sin la lesión de otros deberes importantes". Puesto que un deber de garante es al menos "otro deber importante" en el sentido del § 323c cuando sirve a la evitación de un peligro concreto para la vida —como, por ejemplo, en el **caso n.° 19a** y **b** el deber de garante de A frente a B—, aquel desplaza al deber general de socorro derivado del § 323c, el cual bajo tales circunstancias ni siquiera llega a surgir[163].

En el **caso n.° 19d** no es posible apreciar circunstancias que pudieran fundamentar una posición de garante de A ante F y con ello una punibilidad en virtud de los §§ 212, 13 (v. n. m. 1039). Aquí solo viene en consideración una punibilidad según el § 323c. A primera vista existe una aparente colisión de deberes, pero en realidad existía solo un deber de actuar de A, y en concreto un deber de garantía frente a B. Puesto que A ha cumplido ese deber de salvación, su inactividad frente a F no realiza de entrada el tipo del § 323c. 1051

162 Más profundamente, *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 1042 y ss.; respecto a la problemática de la punibilidad de la omisión en los casos de suicidio cfr. LG Gießen NStZ 13, 43; *Arzt*, Schreiber-FS, p. 583; *Feldmann*, Die Strafbarkeit der Mitwirkungshandlungen am Suizid, 2009, p. 231 y ss.; *Hillenkamp*, Kühl-FS, p. 521; *Kutzer*, Schöch-FS, p. 481; *Roxin*, GA 2013, 313, 316 y ss.; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, N. m. 293 y ss.; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 41 y ss.; StA München I, NStZ 11, 345; véase también *Duttge*, Schöch-FS, p. 599, 610 y ss.

163 *Beulke*, Küper-FS, p. 1; S/S-*Lenckner/Sternberg-Lieben*, Vor §§ 32 y ss. n. m. 75; de otra opinión SK-*Rudolphi/Stein*, Vor § 13 n. m. 47.

1052 Cuando en relación con el mismo objeto coinciden un deber especial de evitación del resultado surgido del § 13 y un deber general de socorro del § 323c orientados al mismo fin —**por ejemplo**, la mamá omite la salvación de su hijo que se está ahogando—, el delito de omisión propia queda desplazado[164] ante el delito de omisión impropia con base en un criterio de **subsidiariedad** (cfr. n. m. 1101).

1053 Es decir, en el **caso n.° 19a** decae la punibilidad según el §§ 212, 13 por falta de conocimiento de la posición de garantía, el § 16.I 1. Tampoco existe una punibilidad en virtud de los §§ 222, 13, puesto que A no se ha comportado de modo descuidado (v. n. m. 1031).

En el **caso n.° 19b,** la punibilidad por los §§ 212, 13 fracasa debido a una colisión de deberes justificante (v. n. m. 1035 y ss.).

En el **caso n.° 19c,** A no es punible por los §§ 212, 13 (v. n. m. 1038) debido a un error de prohibición inevitable (§ 17 orac. 1).

En el **caso n.° 19d,** sólo viene en consideración una punibilidad según el § 323c. Sin embargo, no surge el deber general de socorro porque A ha cumplido su deber de garante respecto al delito de omisión impropia (v. n. m. 1050 s.).

Jurisprudencia actual sobre el § 19:

— BGHSt 55, 191 (caso *Putz*): Delimitación entre hacer/omitir en la denominada interrupción del tratamiento; corte del conducto a través del cual se realiza la alimentación artificial como un hacer activo, igual si el autor es el médico que realiza el tratamiento o un tercero; cfr. n. m. 993.

— BGHSt 59, 292 (caso *Oury Jalloh*) con discusión *Satzger*, Jura (JK) 15, 882: J se encuentra en custodia policial debido a su alto grado de alcoholización (2.8 ‰) y a su comportamiento agresivo contra sí mismo y contra terceros. La comparecencia inmediata ante el juez, quien habría tenido que decidir sobre la continuación de la privación de la libertad (art. 104 II GG en conexión con la ley policial del Land), no se lleva a cabo. En la celda de custodia J es amarrado de manos y piernas a su cama. Con el cambio de turno el policía P asume la vigilancia de la celda. Él también considera erróneamente que no se requiere la intervención del juez. Durante una larga ausencia de P, J enciende el colchón para llamar la atención sobre su estado. J muere a causa de un choque térmico por inhalación.

164 Cfr. BGHSt 3, 65; 14, 282, 285; S/S/W-StGB-*Schöch*, § 323c n. m. 24.

Solución del BGH:

1) P es punible por homicidio imprudente (§ 222 – marco punitivo: pena privativa de libertad de hasta 5 años o pena de multa). Como agente de policía, y por eso como garante de protección, él tenía que preocuparse por la vigilancia ininterrumpida de J, quien se hallaba bajo peligro.

2) En cambio, decae el reproche del secuestro con consecuencia de muerte (§ 239 IV – marco punitivo: ¡pena privativa de libertad no menor de tres años!)

   — Según la fórmula del "punto central" respecto a P, quien no ha encarcelado ni sujetado a J, solo viene en consideración un secuestro omisivo.

   — La creencia equivocada de que está permitido no recurrir a un juez tiene que ser clasificada como un error de prohibición (§ 17). En el caso de un agente de policía no existe en absoluto un error de prohibición inevitable en el sentido del § 17 orac. 1.

   — Sin embargo, aquí decae la "cuasi-causalidad" porque si se supone la acción exigida (inmediata comparecencia ante el juez) no se hubiese impedido el resultado (la continuación de la privación de la libertad) con una probabilidad rayana en la certeza, pues con una probabilidad bastante alta el juez habría ordenado la prolongación de la prisión preventiva (cfr. n. m. 1 000; véase también n. m. 688 y ss., 708 y ss., 993).

   — BGHSt 57, 42 (caso *Mobbing*): Si bien de la posición de dueño del negocio o de directivo puede surgir un deber de garante respecto a la evitación de delitos de los trabajadores subordinados (v. BGHSt 54, 44, caso *Berliner Stadtreinigung*, cfr. n. m. 1017); sin embargo, esto se limita a delitos relacionados con la empresa, es decir, no se extiende a aquellos delitos —como el acoso en el centro laboral— que el trabajador solo comete ocasionalmente en el marco de su actividad en la empresa (cfr. n. m. 1020).

   — BGH NJW 16, 176 (caso *GBL*) con discusión *Bosch*, Jura 16, 450: Quien en principio posibilita el consumo del producto de limpieza GBL, peligroso para la vida, como una droga, pero avisa sobre ese peligro no comete ningún homicidio imprudente (§ 222) mediante un hacer activo, si otra persona toma el producto y como consecuencia de ello cae en coma y muere, pues solo se trata de una intervención no punible en una autopuesta en peligro ajena. Sin embargo, él comete un homicidio por omisión (§§ 211 y ss., 13) si no salva al tercero que entretanto ha caído en coma a pesar de tener la posibilidad de hacerlo. El deber de garante por injerencia existe a pesar de que el comportamiento precedente (puesta a disposición del producto de limpieza GBL) es conforme al derecho, debido a la creación consciente de un peligro concreto para la vida y la

voluntad reconocible de la víctima de que precisamente no se produzca ese resultado (cfr. n. m. 1024).

— BGH NStZ 12, 29 (caso *Kindstod*): Desistimiento de la tentativa de una omisión. En caso de que el resultado se produzca, el autor será sancionado por un hecho consumado, aun cuando este haya llevado a cabo la acción, en principio omitida bajo la errónea creencia de que todavía podía impedir el resultado (cfr. n. m. 1047).

Parte V

La teoría del concurso

§ 20 Unidad y pluralidad de delitos

Caso n.° 20 1054

J es dueño de una solitaria casa de fin de semana, cuya llave tiene C para asegurarse ocasionalmente de que todo se encuentre en orden. Conversando con C, los hermanos A y B se enteran casualmente de que L y Z, hijas ya adultas de J, viven solas en esa casa. Tras planear los detalles para actuar, A y B ingresan por la noche en la casa de J usando el duplicado de la llave que C les había facilitado. Tras superar la barrera que había en la puerta, A y B cogen algunas armas que encontraron en un depósito. Amenazando con disparar y con golpearlas, A y B coaccionan a las mujeres para que se desvistan y tengan relaciones sexuales con ambos. Luego de esto, L y Z logran huir a través de una ventana. Al dejar la casa A y B se llevan las escopetas y otros objetos y entregan las armas a C a cambio de un pago pactado antes del hecho; las demás cosas son vendidas a K, quien actúa de buena fe. A y B se reparten las ganancias.

¿Cómo debe valorarse la relación concursal de los delitos cometidos (sin considerar la ley de armas —Waffengesetz—)? (**n. m. 1055, 1068, 1072, 1075, 1082, 1084, 1086, 1090, 1093, 1100, 1102, 1105, 1109, 1111, 1115**).

I. Los fundamentos de la teoría del concurso

En el **caso n.° 20**, el comportamiento de A y B puede descomponerse en distintos conjuntos de hechos, en relación con los cuales podrían considerarse diversos tipos penales realizados en virtud de su texto legal: 1055

A) **Concertación para cometer un crimen**: §§ 30 II, 177, 239b;
B) **Hechos referidos a la violación**: §§ 239 I, 239b I, 240 I y IV 2 Nr 1, 223, 224 I Nr 2 y 4, 241 I, 177 I Nr 1, 2 y 3, II 2 Nr 1 y 2, III Nr 1, IV Nr 1, 185, 123, 25 II;

C) **Hechos referidos a la sustracción:** §§ 242, 243 I 2 Nr 1 y 7, 244 I Nr 1a y 3, 246 I, 123, 25 II- no §§ 249, 250, dado que aquí la violencia no ha facilitado la sustracción (en ese sentido, los hechos son pasibles de interpretación);
D) **Estimación del producto del robo:** §§ 246 I, 263 I, 25 II.

En ese sentido surgen las cuestiones referidas a la relación en la que las mencionadas infracciones legales se encuentran entre sí, a la cantidad de delitos que han sido cometidos y a los principios según los cuales habría de regirse la determinación de las consecuencias jurídicas en la condena. Desde una perspectiva sistemática, el planteamiento de esta cuestión muestra que la **teoría del concurso** constituye un **punto de encuentro entre la teoría del delito** y la **teoría de las consecuencias del injusto**.

1056 Los §§ 52–55 se basan en la idea de que cuando concurren diversas infracciones legales, la **adición** de todas las penas que vienen en consideración sobrepasaría la medida de la culpabilidad del autor. Para evitar esa sumatoria de penas, la ley pone a disposición dos métodos para lograr una combinación beneficiosa de las correspondientes conminaciones penales, en forma de una **unidad de hecho** (§ 52) y de **pluralidad de hechos** (§ 53). En caso de las infracciones legales consideradas como una unidad de hecho se reconoce en principio solo **una pena**, la cual se determina de acuerdo con **la ley** que contempla la pena más grave (§ 52 I, II). En el caso de las infracciones legales consideradas como una **pluralidad de hechos**, la ley considera que existe una mayor culpabilidad, la cual queda manifestada por medio de la aplicación independiente de las correspondientes penas, de la manera siguiente: las penas individuales que vienen en consideración se fusionan aquí (de acuerdo con reglas especiales) en una **pena global**, la que estará constituida por el incremento de la pena más grave, de acuerdo con la clase de esta, y la cual no podrá alcanzar la suma de las penas individuales (§§ 53 y 54).

1057 El punto crucial de la regulación legal (§§ 52 y 53) es la distinción entre **unidad de acción y pluralidad de acción**:

Si la misma acción infringe una pluralidad de leyes penales o si infringe varias veces la misma ley penal entonces existirá una unidad de hecho (**concurso ideal**), (§ 52 I).

Por el contrario, diversas acciones independientes que llevan a diversas infracciones legales conducen a una pluralidad de hechos (**concurso real**) (§§ 53–55).

Ambos supuestos rigen con la condición de que exista un caso de concurso propio y no solamente de un concurso impropio aparente (cfr. n. m. 1096, 1107).

Es decir, los conceptos de unidad y pluralidad de acción no son para nada idénticos con la unidad de hecho y la pluralidad de hechos, sino que únicamente constituyen su **requisito** y punto de partida (cfr. el resumen en n. m. 1176).

En la reforma del derecho penal el legislador decidió conservar la regulación del concurso ya mencionada de manera esquemática, la cual sigue el **principio de diferenciación**. A diferencia de ello, aunque con una distinta configuración, en Austria (§ 28 I ÖStGB), en Suiza (art. 68 SchwStGB) y en el derecho juvenil alemán (§ 31 I JGG) rige el **principio de unidad de la pena**, según el cual también en caso de diversos delitos independientes hay que reconocer solamente **una** pena única. **1058**

La comprensión de la toda la teoría del concurso se complica a causa de la existencia de opiniones contrapuestas en la doctrina y por la ausencia de una terminología uniforme[1]. **1059**

Aquí conviene tener en cuenta que el **concepto material de hecho** en los §§ 52 y 53 StGB **no coincide con** el concepto jurídico-procesal ni con el concepto jurídico-constitucional del hecho, en el sentido de los §§ 155 y 264 StPO y del art. 103 III GG, respectivamente. El último de ellos es mucho más **amplio** y comprende, además del suceso de la realidad, el cómo la acusación describe el comportamiento total del imputado, en tanto este y el suceso constituyan un único acontecimiento vital[2]. **1060**

II. Unidad de acción y pluralidad de acciones

La conducta penalmente relevante se compone, la mayor parte de las veces, de una serie de actos individuales, los cuales constituyen determinadas unidades de sentido social. Esta **conexión de sentido jurídico-social** determina qué actos individuales externamente separables de un suceso tienen que ser considerados como una unidad de acción o como una pluralidad de acciones. **1061**

1 Véase, más profundamente, *Erb*, ZStW 117 [2005], 37; *Geppert*, Jura 00, 598, 651; *Mitsch*, JuS 93, 385; *Puppe*, Idealkonkurrenz und Einzelverbrechen, 1979; *la misma*, GA 1982, 143; *Seher*, JuS 04, 392, 482; *T. Walter*, JA 04, 133, 572; *Werle*, Die Konkurrenz bei Dauerdelikt, Fortsetzungstat und zeitlich gestreckter Gesetzesverletzung, 1981.

2 Cfr. BGHSt 35, 60, 62; detalles v. *Beulke*, StPO n. m. 513.

1. La acción en sentido natural

1062 Existe una acción en **sentido natural** cuando **una** decisión a actuar se realiza en una manifestación de la voluntad[3]. Ese proceder de la acción siempre representa también jurídicamente una acción.

Quien, por ejemplo, lanza un artefacto explosivo en una sala de reunión efectúa una acción que no tiene nada que ver con la unidad natural de acción (n. m. 1070), pues ello puede llevar a que surjan diversos injustos y a realizar diversos tipos penales (homicidio y lesiones en perjuicio de personas, daños sobre cosas: §§ 211, 212, 223 y ss., 303, 308). Incluso la naturaleza personalísima del bien jurídico protegido no cambia en este caso que exista una **única acción**[4].

En cambio, quien realiza varios disparos contra distintas personas lleva a cabo varias manifestaciones de la voluntad y, con ello, efectúa una pluralidad de acciones en un sentido natural (cfr. también n. m. 1073).

Si existe una **instigación** a o una **complicidad** mediante una **única** acción, o una complicidad mediante una **única** omisión, entonces también tiene que ser considerada[5] como un único hecho, cuando el autor principal comete diversos delitos jurídicamente independientes. Igualmente, existe solo una acción (unidad de hecho homogénea, v. n. m. 1083) cuando varios potenciales coautores adoptan un **concierto para cometer un crimen** (§ 30 II) pero respecto de diversos delitos independientes[6]. A un **coautor** que ya ha prestado su aporte individual al hecho le son imputadas[7] las posteriores actuaciones de los otros coautores como un hecho cometido de modo único. Lo mismo vale para la **autoría mediata**[8]. Para el caso inverso de la complicidad con un hecho principal cometido mediante diversas acciones (cfr. n. m. 1064).

3 BGHSt 1, 20; 6, 81.
4 BGHSt 1, 20; 6, 81; BGH NStZ 12, 389.
5 BGHSt 49, 306, 316; BGH NStZ 12, 318; BGH NJW 13, 2211.
6 BGHSt 56, 170 (caso *Skimming*) con obs. a favor *Duttge*, NStZ 12, 438; BGH NStZ 13, 33.
7 BGHSt 49, 177; BGH StV 12, 407; BGH NStZ 13, 641; S/S- *Sternberg-Lieben/Bosch*, § 52 n. m. 21; más profundamente, *Kische*, Die Rechtsfigur des uneigentlichen Organisationsdelikts, 2014.
8 BGHSt 49, 147, 164 *(Bremer Vulkan)*; BGH wistra 11, 66 y 13, 389.

2. La acción en sentido jurídico

Una conjunción de distintas acciones en sentido natural en una acción en **sentido jurídico** viene en consideración en los siguientes grupos de casos, aunque en algunos casos ellas pueden coincidir: unidad típica de acción, unidad natural de acción y (anteriormente) acción continuada. 1063

a) Unidad típica de acción

En principio, existe **una acción en sentido jurídico** cuando el **tipo legal** vincula diversas manifestaciones naturales de voluntad a una **unidad de valoración jurídico-social**[9].

aa) Este es el caso, en primer lugar, cuando la satisfacción de los requisitos mínimos del tipo penal permite o requiere la realización de diversos actos individuales; esto concierne especialmente a los **delitos consistentes en varios actos** (ejemplo: la falsificación de dinero y su puesta en circulación previstas en el § 146 I Nr 3; la falsificación de documentos y luego su uso, como ha sido previsto en el § 267 I)[10] y para **tipos delictivos compuestos** (ejemplo: uso de violencia y sustracción en el § 249), así como de modo muy general para la **descripciones típicas de acciones de notable amplitud** (ejemplos: ejercer actividades propias de un agente del servicio de inteligencia previsto en el § 99[11]; la comercialización de estupefacientes prevista en el §§ 29 I Nr 1, 29a I Nr 2 BtMG[12]; maltrato de sujetos en custodia, en términos del § 225 I[13]; el acoso persistente en el *stalking* en el sentido del § 238 I[14]) y el genocidio (§ 6 VStGB[15]). También existe una unidad de acción típica si un 1064

9 Más profundamente, *Keller*, Zur tatbestandlichen Handlungseinheit, 2004.

10 BGH wistra 14, 34.

11 BGHSt 43, 1, 4; LK-*Schmidt*, § 99 n. m. 23.

12 BGH JR 03, 31 con obs. *Puppe*, BGH StV 12, 411 con obs. *Oğlakcıoğlu*; Körner/*Patzak*, BtMG, § 29 Parte 4 n. m. 408 y ss.; pero también BGHSt 43, 252 con obs. Erb, NStZ 98, 253.

13 BGHSt 41, 113 con anotaciones en contra *Hirsch*, NStZ 1996, 37; BGH NStZ-RR 07, 304; crít. MK-*Hardtung*, § 225 n. m. 14; LK-*Rissing-van Saan*, Vor § 52, n. m. 27; *Warda*, Hirsch-FS, p. 391.

14 BGHSt 54, 189, 201 con obs. *Buß*, JR 11, 84; *Heghmanns*, ZJS 10, 269 y *Seher*, JZ 10, 582; crít. *Mitsch*, NStZ 10, 513.

15 Cfr. BGHSt 45, 64 con obs. *Werle*, JZ 99, 1181.

cómplice apoya un único **hecho principal** de un autor por medio de **diversas acciones de complicidad**[16].

1065 **bb)** Los **delitos permanentes** (v. n. m. 46) también fundamentan la unidad típica del suceso que sirve a su realización.

En los delitos permanentes como, por ejemplo, el secuestro (§ 239) o el ingreso ilegal a un domicilio (§ 123), todos los comportamientos activos que sirven a la fundamentación o al mantenimiento de la situación antijurídica constituyen partes esenciales de una acción (acerca del concurso con los delitos de estado cfr. n. m. 1087).

1066 **cc)** Si en los **delitos de omisión impropia** (v. n. m. 983) el resultado típico solo se ha producido una vez, entonces solo existe **una omisión** en un sentido jurídico a pesar de que no se efectúen las diversas posibilidades de salvación. Por el contrario, si el garante ha omitido la prevención de varios resultados, entonces hay que orientarse por el hecho de si él habría podido impedir solo todos los resultados juntos (o sea, mediante un hacer determinado) o uno independientemente de otro por medio de la ejecución de diversas acciones.

En el primer caso existe solo una omisión (así, por ejemplo, si un tren arrolla a varios trabajadores encargados de las vías debido a que el guardavía ha omitido dar la señal de alerta; del mismo modo, si el miembro de la junta directiva de una empresa omite retirar los productos del mercado y como consecuencia de ello se producen daños para diversas personas)[17]. En el segundo caso existen diversas omisiones (así, por ejemplo, si un papá deja ahogar a sus dos hijos en el mar, a pesar de que para él hubiese sido posible salvar a ambos de un modo sucesivo).

Algo similar vale para los **delitos de omisión propia**, cuando se infringe diversos deberes de actuar[18].

1067 **dd)** También debe partirse de una unidad de acción típica cuando diversos comportamientos activos de la misma clase se basan en una **única manifestación de la voluntad** y realizan dentro del mismo suceso **el mismo tipo penal**

16 BGH StV 12, 286; BGH wistra 13, 310; BGH NStZ-RR 14, 180; Matt/Renzikowski-*Bußmann*, § 52 n. m. 31.

17 BGHSt 37, 106, 134 (caso *Lederspray*).

18 Más detalladamente, BGHSt 18, 376; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 99, 104; *Jescheck/Weigend*, AT, § 66 IV 2; LK-*Rissing-van Saan*, Vor § 52 n. m. 86.

(incluyendo sus variaciones agravantes o atenuantes) **en sucesión inmediata**, ya sea de modo progresivo o repetido, o sea, solo tiene como consecuencia un incremento cuantitativo del único injusto en una determinada situación fáctica. Aquí hay que mencionar como constelación típica de casos a la realización **sucesiva** (que se produce paulatinamente) y **reiterativa** (que se repite) del tipo.

Se trata de una comisión **sucesiva**, por ejemplo, cuando en medio de una discusión A derriba con dolo homicida a B contra el suelo, lo ahorca hasta dejarlo inconsciente y, adicionalmente, le propina diversos puntapiés, para finalmente golpearlo con un adoquín, tal cual como había sido planeado desde el inicio. Con base en la manifestación única de la voluntad, aquí cada comportamiento activo ulterior constituye la continuación inmediata del ataque contra la vida de B al que ya se ha dado inicio, de modo que solo existe una única infracción de la prohibición legal del homicidio, llevada a cabo de modo paulatino[19].

Una realización **reiterativa** de un tipo existiría, por ejemplo, si alguien ingresa por la noche a los distintos ambientes de una casa ajena y sustrae dinero en efectivo, joyas, cuadros, alfombras orientales y otras cosas valiosas, que va llevando una tras otra al automóvil aparcado en las cercanías. Aquí el tipo del § 242 se realiza completamente mediante cada acto individual. Pero dado que todos los actos individuales se suceden inmediatamente unos a otros y que ellos se basan en una única manifestación de la voluntad, existe solo una infracción de la ley simplemente con un resultado cuantitativamente incrementado del injusto (y no solo una unidad natural de acción, sobre ello véase n. m. 1070[20]). Lo mismo vale para los diversos usos no autorizados temporalmente cercanos de una tarjeta de crédito previamente hurtada. También allí el § 263a solo se realiza una vez[21].

En el **caso n.° 20**, tanto cuando A y B propinaron varios golpes sucesivos a L y Z para superar su resistencia, como cuando sustrajeron diversos objetos (armas y cosas de valor) antes de abandonar la casa, tiene que asumirse en cada caso la existencia de un hecho único realizado de modo reiterado en perjuicio del respectivo titular del bien jurídico, es decir, una lesión corporal respecto a L y a Z así como un hurto en perjuicio de J. **1068**

Dentro de este grupo de casos también puede contarse a la **tentativa sucesiva**, en la que el autor pretende en vano alcanzar su objetivo original disponiéndose en diversas ocasiones a la realización del tipo. Esto es el caso, por **1069**

19 BGH NStZ 90, 490; distinto en cuanto a la cesura y variación de la situación de motivación: BGH NStZ 09, 266.

20 Distinto *Roxin*, AT II, § 33 n. m. 32; *Rückert*, JA 14, 826, 828.

21 BGH wistra 08, 220; BGH StraFo 09, 246; cfr tambien BGH wistra 13, 185.

ejemplo, cuando el amante acecha en múltiples ocasiones a su rival, a quien odia, para asesinarlo, hasta que finalmente se halla en la posición de disparo más cómoda y aprieta el gatillo del revólver con ese objetivo, aunque de todos modos no llegue a alcanzar a la víctima[22].

Un ejemplo adicional (según BGHSt 41, 368; caso *Dagobert*): A intenta coaccionar en varias ocasiones a B por medio de diversos atentados realizados con explosivos (§ 253) para que este le pague una considerable suma de dinero. Las entregas de dinero previstas en distintos días y lugares no se llegan a realizar, pues la policía solo dejaba pedazos de papel. ¿Existe aquí solo una tentativa o varias tentativas? En casos de varias disposiciones a la consumación del tipo, la jurisprudencia más reciente se orienta por los criterios y reglas desarrollados por el BGH en la sentencia BGHSt 40, 75, respecto al desistimiento de la tentativa en virtud del § 24 I (v. n. m. 892). Por consiguiente, existe un hecho en sentido jurídico cuando los actos parciales que sirven a la realización del tipo constituyen un único acontecimiento vital, lo que de nuevo tiene que asumirse cuando las acciones individuales se encuentran en una **relación espacio-temporal estrecha**. Cuanto esto es el caso, entonces el autor también puede desistirse en general del hecho luego de los actos parciales, en principio fracasados. Correspondientemente, cuando el desistimiento no se produzca entonces todos los actos parciales podrán ser reunidos en ámbito del concurso en una unidad valorativa. En cambio, si faltan estos requisitos, entonces se tratará de una **tentativa fracasada**, de modo tal que un desistimiento quedará excluido. Paralelamente a esto, en caso de una posterior disposición a realizar, el tipo debe considerarse[23] en el ámbito del concurso un nuevo hecho en virtud del § 53 (v. n. m. 1108).

b) Unidad natural de acción

1070 Con la institución de la **unidad natural de acción** se trata, en especial por parte de la jurisprudencia, de reunir las diversas acciones en sentido natural en una unidad jurídica de acción. Para la afirmación de una unidad natural de acción bastaría con que diversos comportamientos, en esencial del mismo tipo, estén referidos a una única voluntad y que a causa de su relación espacio-temporal estén vinculados de tal manera que bajo una perspectiva naturalística, toda la actividad también aparezca objetivamente para un tercero como un hacer único, íntimamente relacionado[24].

22 Cfr. *Kühl*, AT, § 21 n. m. 25a.

23 En ese sentido a favor, *Beulke/Satzger*, NStZ 96, 432; BGH StV 12, 283; BGH NStZ-RR 13, 375, 377; crít. *Puppe*, Anm. JR 96, 513; v. también BGHSt 43, 381 (caso *Zwick*); BGH JR 05, 382.

24 BGHSt 10, 230; 43, 312, 315; BGH NStZ-RR 14, 74; OLG Brandenburg NZV 06, 109.

Mediante esta fórmula amplia es posible, por un lado, vincular diversos actos individuales que realizan tipos penales **de la misma clase** a unidades de acción, de modo que al final exista también solo **una** infracción legal. Así, por ejemplo, la realización sucesiva y la realización reiterada del tipo constituyen casos clásicos en los que la jurisprudencia parte de unidades naturales de acción[25]. Los resultados que se pretende obtener de esa forma son ampliamente aceptados, aunque según una correcta opinión, la cual se halla en expansión, a menudo ya habrá que afirmar aquí unidades de acción (v. n. m. 1067)[26].

Por otro lado, por medio de la constitución de unidades naturales de acción también se consigue la posibilidad de vincular la realización de tipos penales de **distinta clase** a una unidad de acción. Esta ficción —sumamente problemática— permite a la jurisprudencia, incluso en caso de diversas infracciones de la ley mediante una diversidad de actos individuales, partir de una unidad de hecho en lugar de una pluralidad de hechos[27].

Precisamente en los casos de reunión de tipos penales de distinta clase se muestra claramente que esta fórmula, que debería cubrir casos con diversa estructura, no ofrece un criterio suficientemente delimitador y por eso crea el peligro de una aplicación arbitraria. Así, por ejemplo, surgen dudas cuando en los denominados **casos de fuga ante la policía** el BGH[28] considera suficiente una única voluntad de fugar por parte del autor para vincular las manifestaciones de voluntad que se hallan objetivamente alejadas unas de otra (como, por ejemplo, lesiones corporales peligrosas, resistencia contra funcionarios públicos, actividades peligrosas en el tráfico viario y alejamiento no permitido del lugar del accidente) a una unidad natural de acción[29]. **1071**

En el **caso n.° 20**, en ningún caso bastaría la unidad de la decisión al hecho para fundamentar una unidad de acción entre el hurto de armas y la coacción sexual (aquí: violación). De la simple simultaneidad del comportamiento no surge aún su unidad en un sentido jurídico[30]. **1072**

25 Respecto al primero cfr. BGH NStZ 00, 30; BGH StV 14, 284; sobre el último cfr. BGH NStZ 99, 406 con obs. Baier, JA 00, 12, 14; BGH wistra 10, 345; OLG Bamberg wistra 14, 199.

26 Por todos LK-*Rissing-van Saan*, Vor § 52 n. m. 10 y ss., 20 y ss.; *Warda*, Geilen-Symp, p. 199; así como también BGH wistra 03, 99.

27 Cfr. BGH NStZ 03, 371.

28 BGHSt 22, 67; v. también BGH NZV 01, 265.

29 Crítica también en *Kindhäuser*, JuS 85, 100; *Sowada*, NZV 95, 465 y Jura 95, 245; *Tiedemann/Walter*, Jura 02, 711; *Warda*, Oehler-FS, p. 241; *Zieschang*, Rissing-van Saan-FS, p. 787, 801 y s.

30 Cfr. también BGHSt 43, 317, 319.

1073 Aquellas acciones que se dirigen, una tras otra, contra bienes jurídicos **personalísimos** (como, por ejemplo, la vida o la integridad corporal) **de distintos** titulares no pueden, **en general,** ser agrupadas en una unidad natural de acción con base en su estrecha secuencialidad ni por la existencia de un plan o dolo únicos.

Ejemplo: Si durante una gresca uno de los intervinientes realiza diversas acciones de lesión contra diversas personas, no ha de partirse por regla —a pesar de la estrecha conexión temporal y espacial— de una unidad natural de acción. En todo caso, esto vale cuando las acciones individuales no se basan en una única decisión al hecho[31].

1074 Según la opinión de la jurisprudencia, también los bienes jurídicos personalísimos son **excepcionalmente** pasibles de una consideración aditiva, en tanto exista una única decisión al hecho y la **división del suceso fáctico en acciones individuales** parezca arbitraria y artificial **debido a su conexión temporal y espacial extraordinariamente estrecha.**

Ejemplo: El autor dispara desde un automóvil y en el lapso de varios segundos contra varias personas que se encuentran en las veredas peatonales[32].

1075 En el **caso n.° 20**, ya del carácter personalísimo de los bienes atacados se sigue que no es posible vincular ambas agresiones sexuales (aquí: violaciones) en contra de L y Z por medio de la institución jurídica de la unidad natural de la acción.

1076 En el marco **del análisis** de los casos parece recomendable proceder del siguiente modo:

1077 En caso de una realización **sucesiva** y **reiterada del mismo tipo penal**, los actos individuales pueden ser abordados ya de manera conjunta en el *ámbito del tipo*. Esto vale independientemente de si los casos con esta estructura —como aquí— son clasificados como una unidad típica de la acción o —con la jurisprudencia— como una unidad natural de acción.

Quien extienda tan ampliamente el concepto de la unidad natural de acción, como lo hace la jurisprudencia, puede en todo caso agrupar en el *ámbito del concurso*[33] los actos individuales que realizan **tipos penales de distinta clase** en una unidad de acción.

31 BGH StV 13, 382 con obs. *Wachter* y comentarios *Kudlich*, JA 12, 554; cfr. también BGH NStZ 05, 262 con discusión *Kudlich*, JuS 05, 383; más profundamente, *Wagemann*, Jura 06, 580

32 BGH NStZ 12, 560, 562 con anotaciones *Hecker*, JuS 12, 362; cfr. también BGH NStZ 03, 366.

33 Instructivo, al respecto, *Niehaus*, Ad Legendum 14, 151; *Steinberg/Bergmann*, Jura 09, 905.

c) La acción continuada

1078

La acción continuada constituye una forma especial de manifestación de la **unidad jurídica de acción**. Esta figura jurídica fue desarrollada por la jurisprudencia, aunque sin fundamento legal expreso, para limitar el ámbito de aplicación del concurso real (§ 53) en aquellos casos de series de acciones con la realización repetida del tipo de la misma clase[34].

Para la aceptación de un hecho continuado, se exigía que los actos individuales de la serie de acciones se dirigieran contra el mismo bien jurídico, que el comportamiento fuera del mismo tipo y que aquellas fueran dirigidas por un dolo general que comprendiera el hecho concreto en sus rasgos fundamentales respecto al tiempo, lugar y forma de comisión, así como respecto de la persona de la víctima[35].

Sin embargo, el contenido y los límites de ese **dolo general** no eran claros en diversos ámbitos[36]. No obstante, lo que *sí* era seguro es que la decisión general de cometer también en el futuro una serie de delitos semejantes no es suficiente para el mencionado dolo general[37].

1079

De la antigua comprensión de los actos individuales del hecho continuado como una unidad de acción surgían **notables** consecuencias: el valor de cosa juzgada de la sentencia penal provocaba la extinción de la acción penal respecto de todos los actos individuales existentes antes del pronunciamiento de la sentencia, independientemente de si el tribunal los conocía o los podía conocer[38].

Puesto que un hecho continuado se consuma con su primer acto parcial, pero recién se agota con el último suceso, esto tenía consecuencias relevantes para la prescripción[39]. Sin embargo, en el caso de la lesión de bienes jurídicos personalísimos, la aceptación de un vínculo de continuidad estaba excluida, siempre que los actos individuales hubiesen estado dirigidos contra distintos titulares de bienes jurídicos[40].

1080

La decisión BGHSt GrS 40, 138 condenó a la institución jurídica de la **acción continuada** a la **irrelevancia**. De acuerdo con la opinión del BGH, el sistema legal del derecho penal se orienta a delitos individuales, jurídicamente independientes, los cuales en general pueden ser vinculados a una unidad jurídica de acción solo en caso de coincidencia respecto a una parte de la acción, pero no ya como consecuencia de un contexto creado por el autor o por otras características criminológicas comunes. En un **tipo delictivo es-**

34 Cfr. RGSt 70, 243; BGHSt 5, 136; 19, 323.
35 BGHSt 19, 323; 23, 33; 26, 4; 36, 105.
36 Cfr. respecto a las decisiones de remisión BGH wistra 93, 258 y NStZ 93, 585.
37 Cfr. BGHSt 37, 45; BGH NJW 83, 2827; wistra 92, 253.
38 BGHSt 6, 92; 15, 268; BGH JZ 86, 44.
39 Cfr § 78a y BGHSt 27, 18; 36, 105, 116.
40 BGHSt 16, 397; 26, 24.

pecial que fijara los requisitos para su realización tendría que determinarse si, para abarcar adecuadamente el injusto cometido y la culpabilidad, sería conveniente reunir las realizaciones sucesivas del tipo en el sentido de un hecho en sentido jurídico. En todos los casos, las disposiciones legales sobre la conformación y medición de la pena bastarían para abarcar adecuadamente el injusto global de los hechos de la misma clase que no pueden ser conectados a una unidad natural de acción o a una unidad de valoración típica. Por consiguiente, la aceptación de una relación de continuidad solo estaría justificada en **pocos casos excepcionales** por razones referidas al tipo y con miras a una apropiada valoración del injusto global.

1081 Hasta el momento el BGH no ha reconocido ninguna excepción[41]. En tal sentido, la institución jurídica de la acción continuada se halla **derogada *de facto***. Esto obliga a tener que abordar de un modo distinto los delitos realizados de modo repetido (denominados delitos seriales). Se utilizan los siguientes modos[42]:

— Aplicación extensiva de la **unidad de acción típica** por medio de una configuración amplia de las **unidades de valoración**[43] (v. n. m. 1064) como, por ejemplo, con las "actividades de organización" únicas en el ámbito de la estafa[44].

— Extensión del ámbito de aplicación de la unidad natural de acción[45] (v. n. m. 1070 y s.).

— Corrección de las consecuencias negativas en el **nivel de la determinación de la pena**, para lo cual se aceptará en los casos respectivos las penas que se correspondan con las impuestas sobre la base del hecho continuado[46].

41 Cfr. solo BGH StV 94, 479; wistra 95, 61.

42 Más profundamente, *Arzt*, JZ 94, 1000; *Erb*, GA 1995, 42; *Fischer*, Vor § 52 n. m. 25 y ss.; *Geppert*, NStZ 96, 57, 118; *Lackner/Kühl*, Vor § 52 n. m. 13 y ss.; *Rissing-van Saan*, BGH-Prax-FS p. 475; *Roxin*, AT II, § 33 n. m. 248; *Zieschang*, GA 1997, 457; respecto a los problemas de las consecuencias procesal penales v. *Beulke*, StPO n. m. 285, 522.

43 Cfr. BGHSt 41, 385 con anotaciones *Kindhäuser*, JZ 97, 101; BGHSt 43, 1 con obs. *Paeffgen*, JR 99, 89; BGHSt 46, 6; BGH StV 12, 411; *Schlüchter/Duttge/Klumpe*, JZ 97, 995.

44 BGHSt 48, 331, 343; 49, 177; BGH StV 07, 297; wistra 08, 181.

45 Cfr. BGH StV 98, 335; NStZ-RR 10, 375.

46 BGHSt GrS 40, 138, 162; BGH wistra 99, 99.

Según la antigua jurisprudencia, en el **caso n.° 20**, si L hubiese sido violada repetidas veces por A de modo consecutivo en el transcurso de la noche, se habría tenido que afirmar una relación de continuidad siempre y cuando A hubiese actuado con un dolo global. Sin embargo, tras el rechazo de esta figura legal mediante la sentencia BGHSt GrS 40, 138, cada agresión sexual individual tendría que ser valorada, en principio, como un hecho jurídicamente independiente. Esta interpretación del § 177 tampoco permite reunir en una unidad de valoración diversas violaciones separadas notoriamente una de otra desde una perspectiva temporal a pesar del aprovechamiento de la misma situación de indefensión (a diferencia del caso de una sucesión temporalmente estrecha[47] y también en caso de un efecto prolongado del uso de violencia que va más allá del aprovechamiento de la situación de indefensión o de una amenaza especialmente permanente)[48]. De igual manera, estaría proscrita la aceptación de una unidad natural de acción en caso de que existiera una mayor distancia temporal entre las coacciones sexuales sucesivamente realizadas[49]. Es decir, de acuerdo con la jurisprudencia más reciente, en caso de una **repetición reiterada del hecho** habría que aceptar una **pluralidad de hechos** en el sentido del § 53 I. Por consiguiente, A tendría que ser sancionado por violación de L en ... casos. **1082**

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III n. m. 327.

III. Unidad de hecho

1. Formas de manifestación

Existe una unidad de hecho (concurso ideal) cuando **la misma acción** infringe diversas leyes penales o infringe varias veces la misma ley penal (§ 52 I); en el primer caso se habla de un **concurso ideal heterogéneo**; en el segundo caso, de un **concurso ideal homogéneo**. **1083**

La infracción de diversas leyes significa la **realización de diversos tipos penales**. El § 52 permite abarcar el contenido de injusto de un hecho unitario bajo distintos criterios jurídicos.

Ejemplos: El engaño fraudulento a través del uso de un documento falso; (§§ 263, 267 I) Var. 3 o el aborto causado por diversas patadas peligrosas para la vida en la región del vientre; (§§ 218, 224 I Nr 5[50]).

47 Cfr. BGH, NStZ 97, 178.
48 BGH NStZ-RR 03, 360.
49 BGH NStZ 02, 199; *Fischer*, Vor § 52 n. m. 3 con notas adicionales.
50 BGH NJW 07, 2565.

1084 En el **caso n.° 20,** el maltrato a las mujeres llevado a cabo por A y B realiza el tipo del § 224 I Nr 2 y 4 (por medio de un arma o conjuntamente), pero también constituye una acción ejecutiva del secuestro aparejado a ello § 239. En consecuencia, entre ambos delitos existe un concurso ideal heterogéneo[51].

1085 Las acciones típicas no tienen que ser completamente congruentes para que sean consideradas como la misma acción en el sentido del § 52. Más bien, basta con que un solo acto parcial contribuya a la realización del tipo objetivo de diversas leyes penales, lo cual se denomina **identidad parcial de la acción ejecutiva**[52]. Una unidad de hecho por la vía de una tal coincidencia parcial es aún posible entre la **consumación y el agotamiento** de un delito.

Si una acción que, por ejemplo, contribuye al agotamiento de un robo que ya se ha consumado, infringe simultáneamente otra ley penal (como, por ejemplo, los §§ 211, 22, 23 I con los disparos contra la persona que persigue al autor), entonces existe una unidad de hecho entre esta infracción legal y el robo[53]. De la misma manera, los delitos de corrupción (§ 332 I) y administración desleal (§ 266 I) pueden encontrarse en una unidad de hecho, en caso de que la solicitud de la ventaja de la corrupción constituya al mismo tiempo el inicio de la infracción de un deber de tutela del patrimonio[54].

1086 En el **caso n.° 20,** la amenaza de un asesinato como ataque uniforme contra la voluntad de ambas mujeres vincula el correspondiente delito contra L y Z en un concurso ideal homogéneo, porque en ese sentido existe una identidad parcial de la acción ejecutiva (§§ 177, 52 I)[55]. Ya en el n. m. 1062 se ha mencionado que el carácter personalísimo de los bienes jurídicos lesionados no es obstáculo para ello.

1087 Existen dudas respecto a la concurrencia entre un **delito permanente** y un **delito de estado** (por ejemplo, de un lado el § 123 y, de otro lado, los §§ 177, 242, 243 I 2 Nr 1, 7, 244 I Nr 1a, 3).

La **jurisprudencia** también exige aquí que las **acciones ejecutivas coincidan parcialmente**; de lo contrario, existiría una pluralidad de hechos[56]. En cambio, la **doctrina dominante** lleva a cabo la siguiente distinción: hay que

51 Cfr BGHSt 18, 26, 27.
52 Cfr BGHSt 18, 29; 26, 24; 43, 317, 319; BGH wistra 11, 99; BGH NStZ-RR 13, 320.
53 BGHSt 26, 24, 27; BGH NStZ 05, 387; cfr tambien BGH NStZ 14, 272, 273.
54 BGHSt 47, 22 con obs. en contra *Bittmann*, wistra 02, 405.
55 Cfr. BGHSt 43, 366, 367; BGH NStZ 00, 419.
56 RGSt 32, 137; 54, 288; BGHSt 18, 29, 33; BGH NStZ 99, 83.

aceptar una **unidad de hecho** cuando el **delito de estado constituye un medio para la comisión** del delito permanente o cuando el delito permanente solamente constituye la **condición** para la comisión **de un determinado delito de estado** (como, por ejemplo, en el caso del que se parte aquí, el allanamiento de morada para la coacción sexual y el hurto), es decir, que se ha cometido ya en principio con ese objetivo. Por el contrario, viene en consideración una **pluralidad de hechos** en el caso de delitos que solo son efectuados como consecuencia de una nueva decisión **solo ocasional** de cometer un delito permanente (así, por ejemplo, si A y B hubiesen sido sorprendidos por J en la casa de fin de semana y J hubiese tenido que soportar allí el maltrato realizado por ellos, entonces existiría una pluralidad de hechos entre el § 123 y el § 185)[57].

La resolución al hecho referida a la comisión de un nuevo delito puede dar lugar a una **cesura** jurídico material **del delito permanente**. En ese sentido, la conducción en estado de ebriedad experimenta (§ 316) dicho corte, si tras un accidente el autor decide alejarse de forma no permitida del lugar del accidente (§ 142). Aquí la conducción en estado de ebriedad antes del accidente y la que se realiza después serán divididas en dos delitos permanentes en forma de una pluralidad de hechos. Sin embargo, la conducción hasta el accidente será sancionada —debido a la explícita subsidiariedad del § 316— como una puesta en peligro del tráfico rodado (§ 315c), eventualmente en unidad de hecho con los tipos realizados en el accidente mismo (por ejemplo: §§ 223, 229, 303); la conducción posterior configura el § 142 y el § 316, los cuales se encuentran igualmente en unidad de hecho uno respecto del otro[58].

Por lo demás, una unidad de hecho puede fundamentarse según la jurisprudencia constante cuando **dos acciones independientes entre sí se hallan respectivamente en una unidad de hecho con una tercera acción** y están vinculadas[59] entre ellas a una unidad de hecho por su "efecto de abrazadera". Sin embargo, debido a sus notables consecuencias para el cálculo de la pena y la eventual activación de una acción penal (art. 103 III GG; § 264 StPO) ese **principio de abrazadera** tiene que ser reconocido en el marco de límites estrechos y considerando el contenido de injusto de los delitos que vienen en consideración. Varios hechos graves, que se encuentran entre sí en un concurso real, no pueden, con base en su coincidencia parcial, estar vinculados a un concurso ideal con un delito menos grave. **1088**

57 Cfr. OLG Koblenz NJW 78, 716; parcialmente divergente S/S-*Stree/Sternberg-Lieben*, Vorbem. §§ 52 y ss. n. m. 90; *Zieschang*, Rissing-van Saan-FS, p. 787.

58 BGHSt 21, 203; v. también BGH StV 12, 338.

59 BGHSt 54, 189, 201 y s.; BGH NStZ 00, 25; BGH NStZ-RR 14, 144.

De acuerdo con la anterior opinión, antiguamente dominante, había que negar ya un **efecto de abrazadera** cuando solo **una** de las respectivas infracciones legales representaba un injusto mayor que el delito medial[60]. Entretanto, la jurisprudencia se ha apartado de ese criterio. A partir de ahora, un delito que se superpone respectivamente con otros dos delitos también puede **fundamentar** una unidad de hecho entre estos delitos cuando **uno de ellos es más grave** que su vínculo medial[61]. No obstante, el BGH no reconoce una regla de valoración abstracta del contenido, en el sentido de que un delito siempre sería más grave que una falta; más bien ello dependería del caso concreto a juzgar, de su relevancia y del marco penal aplicable[62].

1089 Una parte de la doctrina jurídica[63] rechaza completamente el principio de abrazadera; otros[64] lo ven con gran escepticismo.

1090 En el **caso n.° 20**, el ingreso en un domicilio ajeno realizado para cometer la agresión sexual contra ambas mujeres, así como el hurto en perjuicio de J se hallan respectivamente en una relación de unidad de hecho (§ 52 I; v., más detalladamente, al respecto, en n. m. 1105). Dada su condición de delito de menor gravedad, el ingreso en el domicilio ajeno no está en condiciones de abarcar a la agresión sexual (aquí: violación) y el hurto, delitos independientes y que poseen un contenido mayor de injusto. Puesto que aquí ambos delitos son más graves que el ingreso en el domicilio ajeno, este no puede desplegar un efecto de abrazadera[65].

2. Consecuencias jurídicas de la unidad de hecho

1091 El tratamiento de la unidad de hecho se orienta por el **principio de absorción limitado:** la pena se determina de acuerdo con la ley que lleva conminada la pena más grave; sin embargo, ella no puede ser más leve que lo que permiten otras leyes aplicables (§ 52 II).

Las penas de multa, penas accesorias, consecuencias accesorias, medidas de corrección y de aseguramiento, comiso, inutilización y confiscación tienen que o pueden reconocerse separadamente en los límites fijados por el § 52 III, IV si una de las leyes aplicables prescribe o admite ello (denominado: **principio de combinación**). Respecto a su inclusión en la condena, cfr. n. m. 1114.

60 Cfr. BGHSt 3, 165.
61 BGHSt 31, 29; BGH wistra 12, 310; BGH NStZ 13, 158; BGH NStZ 14, 272 con obs. *Becker*.
62 BGHSt 33, 4; BGH NStZ 93, 133; cfr. también BGH NStZ-RR 14, 146.
63 *Jakobs*, AT, 33/12; *Puppe*, GA 1982, 143, 152; *Schmidhäuser*, AT, 14/36.
64 *Geppert*, Jura 97, 214; SK-*Jäger*, Vor § 52 n. m. 66.
65 BGHSt 31, 29.

IV. Pluralidad de hechos

1. Requisitos

Existe una pluralidad de hechos cuando alguien ha cometido diversos **hechos punibles independientes** cuyo enjuiciamiento simultáneo es posible (§ 53). 1092

En el **caso n.° 20**, los delitos cometidos en el marco del suceso de la violación y la sustracción se hallan entre sí en una pluralidad de hechos. Lo mismo vale para la estafa cometida contra K. 1093

2. Consecuencias jurídicas de la pluralidad de hechos

En los casos de pluralidad de hechos, el cálculo de la pena se rige en lo esencial por los siguientes principios: 1094

Si vienen en consideración varias penas privativas de libertad o varias penas de multa, se reconocerá una **pena global** (§ 53 I). La imposición de esta también es posible cuando concurran una pena privativa de libertad y una pena de multa, en tanto el juzgador no vea ningún motivo para reconocer separadamente la pena de multa (cfr. § 53 II). Junto a esa pena global se podría imponer, bajo los requisitos mencionados en el § 53 III, una pena patrimonial (§ 43a), es decir, una pena patrimonial total. Aquí regía en lo correspondiente la regulación referida en los § 52 III, IV 2. Sin embargo, el BVerfG ha declarado que la pena patrimonial es inconstitucional[66].

El **cálculo de la pena global** está regulado en el § 54: si una de las penas individuales es una pena de cadena perpetua, entonces la pena global a imponer será la cadena perpetua. En todos los casos restantes la pena global se calculará incrementando la pena más grave en que se ha incurrido; en caso de penas de distinta clase, incrementando la pena más grave según su clase (denominado **principio de acumulación**). Aquí son considerados conjuntamente la persona del autor y los delitos individuales. 1095

La pena global no puede alcanzar la suma de las penas individuales. Ella no puede sobrepasar los 15 años para las penas privativas de libertad de duración temporal y los 720 días multa para las penas de multa (§ 54 II 2). El § 55 no permite, bajo los requisitos allí mencionados, la constitución ulterior de una pena global.

66 BVerfGE 105, 135.

V. La unidad de ley

1096 Ambos tipos de concurso propio (unidad de hecho y pluralidad de hechos) se distinguen de los casos de **concurso impropio**, en los que de acuerdo con el texto de la ley se realizan varios tipos penales, aunque en realidad la **ley penal primariamente aplicable desplaza a las restantes**. En el marco de la unidad de acción, las manifestaciones de este concurso impropio son abarcadas bajo la denominación de **unidad de ley** (también denominado como **concurso de leyes**), mientras que, en el marco de la pluralidad de acciones, **el hecho previo copenado y el hecho posterior copenado** constituyen constelaciones de una relación concursal aparente.

Existe unidad de ley cuando el **contenido de injusto de una acción** es abarcado completamente por uno de varios tipos penales que resultan aplicables de acuerdo con su texto[67].

En ese sentido, lo decisivo para la evaluación son los bienes jurídicos contra los que se dirige el ataque del autor, y los tipos dispuestos en la ley para su protección[68]. La lesión del bien jurídico protegido mediante un tipo penal tiene que ser una manifestación (si no necesaria, al menos regular) de la realización de otro tipo. En casos dudosos, **la función de clarificación** del concurso ideal[69] puede servir como criterio delimitador entre la unidad de ley y la unidad del hecho. Así, por ejemplo, los §§ 224 I Nr 4 (lesiones corporales peligrosas cometida conjuntamente con otro interviniente) o Nr. 5 (lesión corporal peligrosa por medio de un tratamiento peligroso para la vida) y el 226 I Nr 3 (lesiones corporales graves con desfiguración) se encuentran en una unidad de hecho. Un concurso de leyes no expresaría[70] el injusto específico, que, más allá de la consecuencia grave, yace en la comisión conjunta del hecho común o en la acción peligrosa para la vida. Por eso, en el caso de una tentativa de homicidio que ha provocado una lesión de la víctima, el BGH también acepta acertadamente ahora una unidad de hecho entre los §§ 212 I, 22, 23 I, de un lado, y el §§ 223 y ss., de otro lado, puesto que en caso de un desistimiento respecto del delito de lesiones corporales la condena no permitiría reconocer si la tentativa de homicidio quedó sin consecuencias (se yerra el disparo respecto de la víctima de homicidio que se tenía en mente) o si condujo[71] a un menoscabo de la integridad corporal (el disparo alcanza a la víctima, quien sobrevive a la lesión). Lo mismo vale para el concurso entre la tentativa de extorsión (§§ 253 I, 22, 23 I) y la amenaza (§ 241). La consumación de la amenaza

67 BGHSt 46, 24, 25; KG NStZ-RR 13, 173; más profundamente *T. Walter*, JA 05, 787.

68 BGHSt 11, 15, 17; 28, 11, 15.

69 BGHSt 41, 113; 42, 51; BGH NStZ 12, 214 con obs. *Bachmann/Goeck*, Jura 12, 349; *Fahl*, JA 95, 654; *Seier*, Jura 83, 225.

70 BGHSt 53, 23 con obs. v. *Heintschel-Heinegg*, JA 09, 391; BGH NJW 14, 645.

71 BGHSt 44, 196; Baier, GA 2005, 81; v. *Heintschel-Heinegg*, Jakobs-FS, p. 131, 140; *Kudlich*, JA 99, 452; *Satzger*, JR 99, 203; *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 320 s.

no queda expresada mediante la condena basada solo en la tentativa de extorsión[72]. Algo similar vale también para la relación entre un tipo básico consumado y la tentativa de una agravante por el resultado. De ahí que exista unidad de hecho entre un incendio grave consumado (§ 306a) y una tentativa de incendio con consecuencia de muerte (§ 306c) cuando como resultado se ha producido el incendio, pero no la muerte deseada de otra persona. También aquí se requiere del concurso ideal para dejar expresado que no solo se intenta el resultado de incendio, sino que además se aspira a la consecuencia grave (denominada tentativa de una agravante por el resultado, v. n. m. 876)[73]. Consecuentemente, también ha de aceptarse una unidad de hecho cuando en un delito cualificado por el resultado, aunque el delito básico permanece en la etapa de tentativa, sin embargo, se ha producido la consecuencia grave (denominada tentativa cualificada por el resultado, v. n. m. 876). Por eso, hay que aceptar una unidad de hecho entre una tentativa de robo con consecuencia de muerte (§§ 251, 22, 23 I) y una lesión corporal consumada con resultado de muerte (§ 227), porque solo de esa forma puede quedar claro que se trata de una tentativa de robo en la que la víctima ha muerto[74].

1. Especialidad

Se habla de **especialidad** cuando un precepto penal contiene conceptualmente **todas las características** de otro precepto, de modo que la realización del tipo delictivo especial también satisface **de modo inevitable** el respectivo tipo general. 1097

Siempre existe especialidad en la relación entre las variantes cualificadas o atenuadas y su tipo básico, como, por ejemplo, entre el § 224 y el § 223, así como entre el § 244 y el § 242. De la misma manera, las variantes independientes se hallan en una relación de especialidad respecto del tipo del cual se originan, como, por ejemplo, el robo (§ 249), en relación con la coacción (§ 240) y el hurto (§ 242).

De acuerdo con el § 18, los **delitos cualificados por el resultado** (v. n. m. 38) requieren **por lo menos imprudencia** respecto de las consecuencias especiales del hecho. Por consiguiente, aquí el respectivo tipo imprudente siempre queda desplazado debido a la unidad de ley (especialidad), como, por ejemplo, el § 222 frente al § 227 o al § 306c[75]. 1098

72 BayObLG JR 03, 477 con obs. en contra *Jäger*; S/S-*Eser/Eisele*, § 241 n. m. 16; LK-*Träger/Altvater*, § 240 n. m. 124; de otro parecer BGH NStZ 06, 342 (tentativa de coacción/amenaza).

73 BGH JR 05, 127; *Kudlich*, JuS 05, 276; SK-*Wolters*, § 306c n. m. 9.

74 BGHSt 46, 24; igual en el resultado *Kindhäuser*, NStZ 01, 31; *Kudlich*, StV 00, 667, 669; *el mismo*, JA 00, 748; AnwK-StGB-*Rackow*, § 52 n. m. 16; en contra *Stein*, JR 01, 72.

75 Cfr. BGHSt 8, 54.

Si, de acuerdo con la clase de delito, la consecuencia cualificada puede ser causada no solo de una manera imprudente, sino también dolosa (especialmente con dolo eventual), como, por ejemplo, la muerte de la víctima en el ámbito del § 178, del § 251 o del § 306c, entonces, en caso de dolo viene en consideración una **unidad de hecho** entre el delito cualificado por el resultado y el respectivo tipo doloso (§§ 212, 211), porque solo de esa forma puede **dejarse en claro** en la sentencia el contenido total del injusto y de la culpabilidad del hecho[76].

1099 La ley penal especial tiene prioridad respecto al tipo general[77].

1100 En el **caso n.° 20** vale lo siguiente: los golpes configuran los §§ 223, 224 I Nr 2 y 4, constituyendo aquí el § 224 una *lex specialis* respecto del § 223.

A diferencia de la antigua regulación jurídica, la violación no constituye una *lex specialis* respecto de la coacción sexual (§ 177 I nueva versión), sino que está configurada como un ejemplo regular para un caso especialmente grave de la coacción sexual (§ 177 II 2 Nr 1 nueva versión). En el marco de la coacción sexual, el § 177 IV Nr 1 tiene prioridad como tipo especial frente a los § 177 I, II 2 Nr 1 y 2, III Nr 1.

Como precepto especial, el § 177 IV Nr 1 desplaza a los §§ 240 I, IV 2 Nr 1, 241 I y 185 también contenidos allí, pero no al § 239, si el secuestro —como aquí— rebasa lo necesario para la configuración del § 177[78].

El § 244 I Nr 1a y 3 desplaza a los §§ 242, 243 I 2 Nr 1 y 7 por la vía de la especialidad.

En las salas penales del BGH se discutía la cuestión respecto a si en el marco de una relación de dos personas que es aprovechada con el objetivo de perpetrar una violación sexual el § 239b I quedaba desplazado por el § 177 siguiendo un criterio de *ratio legis*. Sin embargo, ahora esa controversia ha sido aclarada en el sentido de que, en caso de causación de una "situación estable de aprovechamiento", la aplicación del § 239b I también resulta posible[79] para relaciones de dos personas. Por consiguiente, existe una **unidad de hecho** entre el § 239b I y el § 177 IV Nr 1.

2. Subsidiariedad

1101 La **subsidiariedad** significa que un precepto penal **solo es aplicable de forma subsidiaria**, es decir, solo reclama vigencia para el caso en el que no intervenga ya otro precepto.

76 BGHSt GrS 39, 100.

77 Respecto al principio de la *lex specialis* cfr. *Vogel*, Juristische Methodik, p. 63; *Zippelius*, Methodenlehre, p. 38 y s.

78 BGHSt 18, 26; 28, 18; BGH NStZ 08, 209.

79 BGHSt GrS 40, 350; BGH NStZ 99, 509.

La subsidiariedad está en parte regulada de modo expreso (como, por ejemplo, en los §§ 145 II, 145d, 246 I[80], 248b, 265a, 316) y en parte surge mediante la interpretación del contexto de significado. Una subsidiariedad tácita vale especialmente en la relación entre delitos de peligro abstracto y delitos de peligro concreto[81], entre delitos de peligro concreto y delitos de lesión[82], entre tentativa y consumación del mismo hecho (v., sin embargo, también n. m. 1069), entre la comisión dolosa e imprudente del mismo delito cuando el resultado producido solo ha sido abarcado parcialmente por el dolo del autor[83], así como entre formas de intervención más leves y más graves. En ese sentido, la inducción y la complicidad son subsidiarias respecto de todas las formas de la autoría; en el ámbito de la participación, la complicidad es subsidiaria respecto de la inducción.

En el **caso n.° 20**, con la sustracción de las armas existe al mismo tiempo una apropiación en el sentido del § 246 I. Sin embargo, la apropiación es desplazada por el § 244 I Nr 1a y 3 por la vía de la subsidiariedad explícita (en cambio, una unidad de hecho existiría si el delito cometido junto al § 246 no tuviese un carácter dañoso para la propiedad o el patrimonio[84]). **1102**

3. Consunción

El concepto y la delimitación de la **consunción** son intensamente discutidos. Ella existe cuando un tipo penal **no está necesariamente contenido** en otro, sin embargo, un hecho coincide **regular y típicamente** con la comisión de otro, de modo que su contenido de injusto y de culpabilidad es abarcado y consumido por la forma delictiva más grave. **1103**

Aquí resultan problemáticos los requisitos bajo los cuales **una violación de domicilio** (§ 123) así como los **daños materiales** (§ 303) pueden ser considerados como **hechos típicamente concomitantes de un hurto** (§§ 242 y ss.) y, por consiguiente, ser desplazados por la vía de la consunción: **1104**

Anteriormente, la opinión completamente dominante partía del hecho de que los mencionados delitos eran desplazados en todos los casos por el **hurto con violación de domicilio** (§ 244 I Nr 3 Var. 1) como por el **hurto con fractura** "simple" (§§ 242 I, 243 I 2 Nr 1). Además, se aceptaba mayoritariamente que el § 244 I Nr 3 Var. 2 y 3 (**el hurto en una vivienda por**

80 También rige para el § 246 II: BGH NJW 12, 3046 con obs. en contra *Heghmanns*, ZJS 13, 124.

81 BGH NStZ 06, 449; StraFo 07, 30.

82 Cfr. RGSt 68, 407.

83 BGH NJW 11, 2067; cfr. también BGHSt 39, 195.

84 Cantzler/Zauner, Jura 03, 483; *Freund/Putz*, NStZ 03, 242; NK-*Kindhäuser*, § 246 n. m. 45; *Rengier*, BT I, § 5 n. m. 29; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 327; de otra opinión BGHSt 47, 243; *Otto*, NStZ 03, 87; *Heghmanns*, JuS 03, 954.

escalamiento o mediante el uso de una llave falsa) así como los §§ 242 I, 243 I 2 Nr 2 (**hurto de cosas especialmente aseguradas**) consumen por lo regular el ingreso ilegal a un domicilio que por lo típico también se había llevado a cabo. En todo caso, se aceptaba una unidad de hecho cuando en el caso concreto el delito concomitante quedaba excepcionalmente excluido del curso regular del hecho principal[85].

Sin embargo, en los últimos años esta solución ha sido crecientemente puesta en duda por la jurisprudencia y por la doctrina[86]: los críticos consideraban que los respectivos bienes jurídicos protegidos y el titular de los bienes jurídicos podían ser absolutamente diferentes; quien posee la custodia sobre la cosa hurtada no tendría que ser al mismo tiempo el propietario de la cosa dañada o el titular de los derechos sobre el inmueble que han resultado infringidos. En vista de los nuevos avances técnicos (por ejemplo: sistemas de cierre electrónico o computarizado) resultaría además dudoso que los daños materiales siguieran constituyendo un hecho típicamente concomitante de un hurto con fractura. Adicionalmente a ello, en cuanto al § 243 se critica que meros preceptos relativos a la determinación de la pena no resultarían idóneos para desplazar normas penales "reales". Además, la aceptación de una unidad de ley en lugar de una unidad de hecho conduciría a una contradicción valorativa: si como consecuencia de especiales elementos referidos al autor el juez de los hechos considerase que en el caso concreto no se presenta el efecto de regla para la aceptación de un caso especialmente grave, entonces estaría obligado a condenar —pese al contenido reducido de injusto— por hurto en unidad de hecho con daños patrimoniales o violación del domicilio, respectivamente.

Basado en esta argumentación, la primera Sala Penal del BGH decidió que en caso de una confluencia de un hecho de hurto agravado (§§ 242 I, 243 I 2 Nr 1 o § 244 I Nr 3 Var. 1 o § 244a I) con daños patrimoniales tendría que partirse de modo general de una unidad de hecho[87]. Sin embargo, esto no puede aceptarse: si bien hay que reconocer que existen casos de hurto con fractura en los que no se configura el § 303 StGB; sin embargo, esto corresponde justamente a la esencia de la consunción (cfr. la definición en n. m.1103: "no [...] necesariamente [...] sin embargo, típicamente"). Tampoco el argumento de que los meros ejemplos regulares no podrían desplazar normas penales no resulta convincente, puesto que los delitos concomitantes no son desplazados por el §

85 BayObLG NJW 91, 3292, 3293; KG JR 79, 249, 250.

86 BGH NJW 02, 150 con obs. a favor Fahl, JA 02, 541; *Kargl/Rüdiger*, NStZ 02, 202; *Rengier*, JuS 02, 850 y *Sternberg-Lieben*, JZ 02, 512.

87 BGH NStZ 14, 40 con obs. a favor *Hecker*, JuS 14, 181 y *Zöller*, ZJS 14, 214.

243, sino por los §§ 242, 243. Por eso, en principio parece apropiado plegarse a la "solución de la consunción" y solo excepcionalmente partir de una unidad de hecho, cuando en el caso concreto resultan **afectados distintos titulares de bienes jurídicos tutelados** o cuando el **daño a las cosas** ocasionado por el autor **excede claramente el valor del botín del hurto**[88].

Independientemente de ello, hay que partir siempre de una unidad de hecho cuando la violación de domicilio no solo constituye un hecho concomitante de un hurto agravado, sino que debe **posibilitar** a la vez la **comisión de otros delitos** (por ejemplo, de una violación). Bajo esas circunstancias, a la violación de domicilio le corresponde indiscutiblemente un **significado independiente**[89].

▶ Caso de ejemplo en *Beulke*, Klausurenkurs III n. m. 191.

En el **caso n.° 20,** la violación de domicilio (§ 123) no es consumida excepcionalmente por el § 244 I Nr 3, porque al mismo tiempo ella debe posibilitar otros delitos. Igualmente, las lesiones corporales peligrosas según el § 224 I Nr 2 y 4 serán difícilmente desplazadas por el § 177, dado que esos golpes van más allá de lo que está **típicamente** vinculado a una violación. **1105**

En cambio, hay que resolver de modo contrario respecto a la relación del secuestro y la toma de rehenes. El § 239 será consumido como delito típicamente concomitante por el § 239b[90].

4. Consecuencias jurídicas de la unidad de ley

En casos de unidad de ley, la ley penal desplazada no aparece en la declaración de culpabilidad de la condena. Sin embargo, la determinación de la pena no puede realizarse por debajo de su marco penal mínimo[91], a menos que el tipo desplazado sea una *lex specialis* más benigna[92]. Además de ello, la ley penal desplazada todavía guarda relevancia para el desistimiento de una tentativa **1106**

88 Igualmente, S/S-*Eser/Bosch*, § 243 n. m. 59; NK-*Kindhäuser*, § 243 n. m. 62; AnwK-StGB-*Kretschmer*, § 243 n. m. 34; LK-*Vogel*, § 243 n. m. 79; *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m.. 245.

89 Respecto a todo *Fahl*, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe, 1996, p. 287.

90 A favor de la subsidiariedad: *Lackner/Kühl*, § 239b n. m. 4; MK-*Renzikowski*, § 239b n. m. 39.

91 BGHSt 1, 152; 10, 312; 15, 345; BGH NStZ 06, 288 con obs. *Satzger*, JK 6/06, StGB § 211/48; de otra opinión *Mitsch*, JuS 93, 471, 475.

92 *Fischer*, Vor § 52 n. m. 45.

cualificada (v. n. m. 919), para las penas accesorias y la imposición de medidas en el sentido del § 11 I Nr 8[93].

VI. El hecho anterior copenado y el hecho posterior copenado

1107 También en el ámbito de la pluralidad de acciones existen manifestaciones del concurso impropio, cuando la realización de un tipo delictivo incluye el contenido de injusto y de culpabilidad de una acción independiente precedente o de una acción de aprovechamiento ulterior. Para distinguir estos casos de aquellos correspondientes a la unidad de acción, no se habla aquí de una unidad de ley, sino de un **hecho anterior y de un hecho posterior copenado** (y no punible). En ese sentido, el desplazamiento de la ley penal que queda de lado se sigue del criterio de la **subsidiariedad** o de la **consunción**[94].

1. Hecho anterior copenado

1108 En cuanto al **hecho anterior copenado** se trata de casos de **subsidiariedad** o de **consunción**.

En ese sentido, por ejemplo, el **concierto para cometer un delito** (§ 30 II) es, dada su calidad de acción independiente, un **hecho anterior copenado** respecto del hecho que se ha ejecutado. Es decir, el § 30 II solo pretende abarcar acciones preparatorias como tal, o sea, de acuerdo con su sentido y su finalidad, es **subsidiario** respecto de la comisión en tentativa o consumada del delito concertado[95]. Del mismo modo, la tentativa de inducción (§ 30 I) queda desplazada como hecho anterior copenado si el instigador que ha fracasado posteriormente comete o trata de cometer el crimen por sí mismo[96]. En cambio, si luego de una tentativa de inducción fracasada se induce a otro autor a cometer el delito, entonces entre ambas acciones existirá una pluralidad de hechos[97].

Por el contrario, desde la perspectiva de la **consunción,** la apropiación indebida de la llave de un automóvil solo constituye un hecho anterior copenado respecto del posterior hurto del auto al que corresponden las llaves[98]. En cambio, considerando la existencia de distintos

93 Cfr. BGHSt 19, 188.

94 Más detalladamente BGHSt 38, 366; *Otto*, Jura 94, 276; LK-*Rissing-van Saan*, Vor § 52 n. m. 144 y ss.

95 Cfr. BGHSt 1, 131; 14, 378; BGH NStZ 86, 565.

96 BGH StraFo 10, 296 con obs. *Kudlich*, JA 10, 664.

97 BGHSt 44, 91 con anotaciones a favor *Beulke*, NStZ 99, 26; v. también BGH NStZ 98, 189 con anotaciones a favor *Geppert*; de otra opinión BGH NStZ 00, 197.

98 OLG Hamm MDR 79, 421.

perjudicados, el hurto de una tarjeta de débito no constituye un hecho anterior copenado respecto de la estafa informática cometida con ella inmediatamente después en perjuicio del banco[99].

En el **caso n.° 20**, los §§ 30 II, 177, 239b quedan desplazados como acto anterior copenado por los §§ 177, 239b. **1109**

2. Hecho posterior copenado

Al **hecho posterior copenado** le es aplicable sin excepción la idea fundamental de la **consunción**. Un hecho posterior quedará consumido cuando se agote en el aprovechamiento o el aseguramiento de la posición obtenida con el hecho anterior, no amplíe esencialmente el daño que ya se ha causado, ni lesione otro nuevo bien jurídico[100]. El nexo típico entre ambos hechos independientes consiste en que el autor por lo regular también tiene que cometer el hecho posterior para que así el hecho principal tenga sentido para él. De ese modo, un hurto solo tiene sentido para el autor si este puede aprovechar para sus fines el dominio del bien que ha conseguido de modo contrario al derecho. **1110**

De allí que en el **caso n.° 20**, la entrega de las armas a C y la venta de los objetos de valor a K no constituya una nueva apropiación indebida (§ 246 I) de A y B que deba sancionarse de manera independiente; estas acciones usuales de aprovechamiento ya están **consideradas** en la sanción del hurto[101]. **1111**

En cambio, la estafa cometida contra K, quien actúa de buena fe (§§ 263 StGB, 935 BGB), constituye una pluralidad de hechos respecto de los delitos de adquisición (§ 244 I Nr 1a y 3), pues aquí existe una nueva lesión independiente de un bien jurídico respecto a un tercero.

Si no es posible una condena por el hecho principal, porque no se ha podido demostrar o porque ha prescrito, entonces el hecho posterior sigue siendo punible de modo independiente[102]. Es posible una participación punible por parte de terceros[103] en un hecho posterior copenado. **1112**

99 BGH wistra 01, 178 con anotaciones a favor *Wohlers*, NStZ 01, 539; v. también *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 178.

100 BGHSt 6, 67; 38, 366; BGH NStZ 09, 38; BGH wistra 11, 22, 23 y 230.

101 BGHSt 14, 38 en ese sentido niega ya el tipo del § 246 por ausencia de una apropiación reiterada; con más detalle *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, n. m. 328 y ss.

102 BGHSt 38, 366; BGH NStZ 09, 203; distinto *Schneider*, wistra 01, 408; *Stree*, Anm. JZ 93, 476.

103 RGSt 67, 70, 77.

VII. Indicaciones para la solución de casos

1113 En cuestiones referentes al concurso se recomienda proceder de la siguiente manera (una perspectiva general puede hallarse en n. m. 1176):

En principio, habrá que delimitar si existe una **unidad de acción** o una **pluralidad de acciones** (cfr. n. m. 1057).

Seguidamente se analizará si el concurso es propio o impropio:

En caso de **unidad de acción**, en primer lugar, se excluirá las disposiciones penales desplazadas por la vía de la unidad de leyes; para los tipos penales restantes será de aplicación automática el § 52.

En caso **de pluralidad de acciones** se separará **los hechos anteriores** y **posteriores** copenados. Así, para los delitos restantes quedará la vía libre para la aplicación del § 53. En casos excepcionales, el principio de abrazadera (mencionado en el n. m. 1088) puede fundamentar una unidad de hecho entre diversas infracciones legales independientes entre sí, siempre y cuando venga en consideración como vínculo medial un tercer delito que entre en concurso ideal con ellas.

VIII. Formulación del fallo de la condena

1114 De acuerdo con el § 260 IV 1 StPO, el fallo de la condena determina la **descripción jurídica del hecho** respecto del cual se declara culpable al acusado. La existencia de ejemplos regulares (por ejemplo, el § 243) no es recogida en el fallo[104]. Por lo demás, la formulación del fallo está sujeta al parecer del tribunal (§ 260 IV 5 StPO). La praxis no siempre procede de modo uniforme en casos de confluencia de diversos delitos[105].

En el ámbito del § 52 la sentencia condenatoria debe indicar, en caso de un concurso ideal heterogéneo, todas las leyes penales que confluyan (**por ejemplo:** el acusado es condenado a... por estafa en *unidad de hecho* con falsificación de documentos). En caso de un concurso ideal homogéneo tiene que expresarse la infracción múltiple de la misma ley, en tanto la claridad del fallo no se vea afectado por ello (**por ejemplo**: el acusado es condenado a cadena perpetua por el asesinato de tres personas)[106].

1115 En el **caso n.° 20**, el resultado global sería el siguiente:

I. A y B se han hecho punibles como **coautores** (§ 25 II)

1) por coacción sexual en la forma de violación contra L y Z (concurso ideal homogéneo), respectivamente, en *unidad de hecho* con lesiones corpora-

104 BGHSt 23, 254, 256; 27, 287, 289; excepción: § 177 II (violación; cfr. BGH NStZ 07, 478).

105 Un panorama en *Georgy/Kretschmer/Lorenz*, JA 13, 623 y 691; *Wolters/Gubitz*, Strafrecht im Assessorexamen, 7. ed. 2012, p. 111 y ss.; *Ziegler*, Das Strafurteil, 5. ed. 2013, p. 12 y ss.

106 Cfr. BGH NStZ 96, 493; 96, 610.

les peligrosas, toma de rehenes y violación de domicilio (§§ 177 IV Nr 1, 224 I Nr 2 y 4, 239b I, 123, 52),

2) también por hurto de armas, hurto con violación de domicilio en unidad de hecho con violación de domicilio (§§ 244 I Nr 1a y 3, 123, 52).

3) así como por estafa en perjuicio de K (§ 263),

Estos tres hechos se encuentran uno a otro en una relación de pluralidad de hechos (§ 53), v. n. m. 1055, 1068, 1072, 1082, 1086, 1090, 1093, 1100 ss., 1109 y s.

II. C ha actuado como cómplice (§ 27) respecto a los delitos mencionados en los numerales 1, 2 y 3 (concurso ideal heterogéneo) § 52, al haber llevado a cabo una acción, concretamente, haber entregado una copia de la llave, sin embargo, con la condición de que su dolo de cómplice haya estado referido a cada uno de los hechos principales individuales, v. n. m. 1062.

Entre la receptación cometida por C (§ 259)[107] y la mencionada complicidad existe una pluralidad de hechos (§ 53).

Jurisprudencia actual sobre el § 20:

— BGH wistra 15, 56: Existe únicamente complicidad (instigación) si el partícipe solo interviene a través de una acción única, aun cuando el autor principal cometa varios tipos penales independientes; cfr. n. m. 1062.

— BGHSt 56, 170 (caso *Skimming*): Solo existe una acción del hecho (concurso ideal homogéneo) cuando diversos potenciales coautores acuerdan decidir un concierto criminal (§ 30 II) respecto a múltiples tipos penales independientes; cfr. n. m. 1062.

— BGH StV 14, 472 (golpes mortales contra diferentes víctimas en el marco de una riña): Aquellas acciones que se dirigen de modo sucesivo contra bienes jurídicos personalísimos de diversas personas no pueden en general ser fundidas en una unidad de acción. Excepciones pueden concurrir cuando existe una decisión única al hecho y una escisión del suceso fáctico pareciera arbitraria y artificial debido a la estrecha relación temporal y local; cfr n. m. 1073.

— BGH NStZ 13, 158: El delito grave de lesión corporal peligrosa (§ 224) y el delito leve de coacción (§ 240) pueden ser vinculados en un concurso ideal por medio del delito leve de secuestro (§ 239); cfr n. m. 1088.

— BGH NStZ 14, 40: Si un hecho de hurto grave (§§ 242 I, 243 I 2 Nr 1 o § 244 I Nr 3 Var. 1 o § 244a I) concurre con un daño material (§ 303), este último no queda desplazado por la vía del concurso de leyes (consunción), sino que hay que partir siempre de la unidad de hecho (§ 52), cfr. n. m. 1104.

107 Cfr., al respecto, BGHSt 7, 134; 8, 390.

§ 21 *In dubio pro reo*, subsunción alternativa, post y prependencia

1116 **Caso n.° 21**

En medio de una muchedumbre alguien le quita a B el reloj de oro que llevaba en la muñeca sin que B se percate de ello, y huye.

¿Cómo hay que condenar a A, si a pesar de que se le encontró el reloj,

a) el tribunal no puede establecer con claridad si A es el autor o de qué forma ha obtenido la posesión del reloj? (**n. m. 1120a y 1138a**).

b) el tribunal no puede establecer con claridad si fue A quien le quitó el reloj de la muñeca a B o si aquel lo compró en calidad de receptador? (**n. m. 1123, 1131 y 1138**).

c) si bien el tribunal puede establecer que A ha recibido el reloj del autor C, ya no se puede aclarar si A no era acaso coautor de un hurto junto a C, consistiendo su aporte en el aseguramiento del lugar del hecho? (**n. m. 1136 y 1138**).

I. La problemática

1117 Con frecuencia, incluso luego de agotar todos los medios de conocimiento y de prueba en el juicio oral (§ 244.II StPO) el tribunal tampoco se encuentra en la posibilidad de aclarar el suceso fáctico en todos sus detalles. Después de todo, ello se debe a la limitada capacidad de conocimiento que posee el individuo. Estos problemas reales de la investigación de los hechos tienen consecuencias jurídicas relevantes. En tales casos, para el tribunal que conoce los hechos vienen en consideración **tres posibilidades**[1]:

— Una absolución de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*.

— Una condena con base en la subsunción opcional, denominada subsunción alternativa.

— Una condena con base en una determinación clara, denominada determinación de post- o prependencia.

1 Más profundamente, S/S/W-StGB-*Satzger*, § 1 n. m. 62 y ss.

II. *In dubio pro reo*

1. Principio

Según el principio *in dubio pro reo* —en caso de duda a favor del acusado—, **1118** la condena por un delito en contra del acusado solo es posible cuando el tribunal se halla convencido de la constatación de que aquel ha cometido ese delito. Por consiguiente, si tras la valoración de las pruebas[2] le quedan dudas al juez, entonces ha de asumirse[3] la posibilidad más favorable para el imputado. Si las dudas afectan el reproche general de culpabilidad, entonces el acusado tendrá que ser absuelto, de acuerdo con el principio *in dubio pro reo.* De esta manera se asegura, por una parte, que solo se sancione a un acusado **culpable** (principio de culpabilidad), por otra, que el proceso se lleve a cabo de acuerdo con las reglas correspondientes al ordenamiento procesal (principio del Estado de derecho, art. 20 III GG). Sin embargo, el principio *in dubio pro reo* no obliga al tribunal a partir de la variante fáctica más favorable para el acusado, cuando no existan puntos de referencia concretos para ello[4].

Como **fundamento jurídico** se recurre al **art. 103 II GG**, al **art. 6 II EMRK** así como al **§ 261 StPO**. En parte también se aduce como razón el derecho procesal consuetudinario[5].

2. Excepciones legales al principio

En algunas ocasiones el principio *in dubio pro reo* es **dejado de lado** a través **1119** de excepciones establecidas en la ley: en tal sentido, el § 186 establece que el imputado ha de soportar el riesgo de que la investigación de la verdad de sus suposiciones lesivas para el honor resulte infructuosa. Si luego de agotar todos los medios de prueba, el juez no llega a una claridad respecto de los hechos alegados por el acusado son verdaderos o no, entonces, de acuerdo con la opinión dominante, las dudas referidas a ello actúan en perjuicio del autor[6].

2 No se trata de una regla de prueba, sino de una regla de decisión, cfr. BGH NStZ 10, 102; 12, 171.

3 BGH NStZ 05, 85.

4 BGHSt 51, 324; BGH NStZ 09, 630.

5 Va más allá *Beulke*, StPO, n. m. 25 y 490; *Noak*, Jura 04, 539; *Zopfs*, Der Grundsatz, "in dubio pro reo", 1999; crít. respecto a la necesidad de la regla de la duda: *Kotsoglou*, ZIS 14, 31.

6 Detalles en *Wessels/Hettinger*, BT/1, n. m. 500.

1120 En el **caso n.° 21a** existen dudas reales respecto a si A ha cometido un delito (por ejemplo, §§ 242, 257, 259). Aquí no viene en consideración una excepción legal al *principio in dubio pro reo*. Por consiguiente, el tribunal tiene que absolver a A.

3. Cuestiones jurídicas

1121 Tampoco pertenecen al ámbito de aplicación del principio *in dubio pro reo* las **cuestiones jurídicas**. Las dudas acerca de la valoración jurídica de un suceso claramente constatado tienen que ser resueltas por el tribunal (*iura novit curia*).

III. Subsunción alternativa

1. Fundamentos

1122 Si el principio *in dubio pro reo* fuese aplicado **sin excepciones**, entonces determinados casos desembocarían en inequidades, en concreto, cuando se hubiera constatado que el autor ha infringido **con toda seguridad** un tipo penal, aunque tras el cierre de la última audiencia no quedara claro de cuál se trata. Como consecuencia de una aplicación recíproca, el principio *in dubio pro reo* conduciría aquí a una absolución del acusado. Esto es percibido por la opinión completamente dominante como algo injusto[7].

1123 Lo injusto se hace patente en el **caso n.° 21b**. Aquí el tribunal no puede determinar sin ninguna duda si A ha incurrido en un hurto (§ 242) o en una receptación (§ 259). De acuerdo con el principio *in dubio pro reo*, A tendría que ser absuelto a pesar de que es seguro que ha realizado de todos modos alguno los dos tipos.

1124 Debido a esta injusticia, la opinión dominante extrae una excepción (no escrita) del principio *in dubio pro reo*, la denominada **subsunción alternativa heterogénea** (también denominada como **subsunción alternativa propia** o **subsunción alternativa legal**). De acuerdo con ella, en los casos de la denominada **alternatividad típica** bajo determinadas circunstancias, el autor puede ser condenado electivamente con base en uno u otro tipo.

7 *Beulke/Fahl*, Jura 98, 265; S/S-*Lenckner* et al., § 1 n. m. 64; *Jescheck/Weigend*, AT, § 16 I 1; *Norouzi*, JuS 08, 17.

Sin embargo, en una tal condena electiva resulta **problemático** que el autor sea condenado **1125**
por un comportamiento no completamente determinable según una norma penal, de cuya realización no está seguro el juez[8]. El **principio de la seguridad jurídica**, el cual se halla anclado al **principio del Estado de derecho** y que ha encontrado una especial manifestación jurídico-penal en el art. 103 II GG y en el § 1 StGB, exige para una condena que se haya **comprobado de modo indudable** que un **determinado tipo penal determinado** se ha realizado. De otro modo, como se ha señalado arriba, de acuerdo con el principio del *in dubio pro reo* habría que dictar una absolución. Por consiguiente, a causa de esas incertidumbres, la condena alternativa entra en conflicto con ese principio. Debido a las dudas sobre la legitimidad de la determinación alternativa heterogénea, la Segunda Sala del BGH dirigió en el año 2014 una "resolución de consulta" a las otras salas del BGH en la que comunicaba que en su opinión la figura jurídica de la subsunción alternativa heterogénea, desarrollada jurisprudencialmente, infringía el art. 103 GG, debido a lo cual quería abandonar esa línea jurisprudencial y que además había consultado a otras Salas Penales del BGH si se plegarían a su posición[9]. Dado que las cuatro Salas Penales restantes del BGH se negaron a esto —básicamente señalando que únicamente se trataría de una regla procesal del procedimiento que no se hallaría sometida a la determinación valorativa del art. 103 II GG[10]—, la Segunda Sala Penal del BGH reafirmando su rechazo de la constitucionalidad de la condena alternativa por hurto (cometido de modo profesional) o receptación profesional convocó, mediante resolución del 11.03.2015[11], a una Sala Plena para asuntos penales (§ 132.II GVG)[12]. Como fundamento, la Segunda Sala señaló que la subsunción alternativa propia poseería contenido penal material, es decir, no tendría únicamente una naturaleza procesal y, por eso, tendría que ser contrastada con el art. 103 II GG. Como consecuencia de su reserva de ley ilimitada, este precepto no podría ser restringido de un modo constitucionalmente válido mediante el derecho judicial. Los casos dudosos no se dejarían conectar con una constatación uniforme de la culpabilidad. Si los tipos penales que vienen en consideración —como el hurto y la receptación— se excluyen recíprocamente, entonces en la situación de determinación alternativa faltaría en ambas normas penales la comprobación de al menos un elemento del tipo objetivo —y el elemento subjetivo correspondiente—. La declaración de culpabilidad alternativa legal terminaría en una "flexibilización" de los dos tipos mediante la conjunción alternativa de sus elementos individuales, la cual iría incluso más allá de la "flexibilización" de distintos elementos típicos en el marco de los §§ 263, 266, ya criticada desde la perspectiva constitucional[13]. El criterio de la "comparabilidad ético-jurídica y psicológica" sería demasia-

8 En cuanto a la crítica, v. por todos: NK-*Frister*, Nach § 2 n. m. 76 y ss.

9 BGH NStZ 14, 392; más profundamente y a favor *Jalm*, JuS 14, 753 y ss.; también a favor *Beukelmann*, NJW-Spezial 14, 440; *Freund/Rostalski*, JZ 15, 164; *Frister*, StV 14, 584; *v. Heintschel-Heinegg*, JA 14, 710; *Kotsoglou*, ZStW 127 [2015], 334; *Kropil*, JR 15, 116; *Moosbacher*, JuS 15, 129, 134 y *Wagner*, ZIS 14, 436; en contra *Bosch*, JK 10/14, GG art. 103 II/6; *Schuhr*, NStZ 14, 437; *Stuckenberg*, ZIS 14, 461; v. también *Bauer*, wistra 14, 475; *Ceffinato*, Jura 14, 655.

10 BGH NStZ-RR 14, 307 y 308; NStZ-RR 15, 39 y 40.

11 BGH StV 16, 212.

12 Respecto a la situación procesal, *Beulke*, Strafprozessrecht, n. m. 55.

13 BVerfGE 126, 170; BVerfG wistra 12, 102; dazu *Wessels/Hillenkamp*, BT n. m. 538, 775.

do indeterminado. También el proceso mismo de determinación de la pena infringiría el art. 103 II GG, puesto que, en caso de un tipo penal no constatado claramente, aquel se basaría en un fundamento impreciso para la medición. De esa forma, los motivos del acusado y la voluntad manifestada durante la comisión del hecho (§ 46.II) no se dejan valorar, porque ya sería incierto si aquel ha cometido el hecho concreto.

1126 No obstante, en favor de la subsunción alternativa ha de señalarse que el principio del Estado de derecho no solo abarca el aspecto de la seguridad jurídica, sino también el **principio de la justicia en el caso concreto**. No puede ser que todo acusado tenga abierta la posibilidad de exponer una alternativa jurídico-penalmente relevante e irrefutable respecto del suceso a probar, para así alcanzar una absolución. En la subsunción alternativa se produce, pues una **colisión** entre el principio de seguridad jurídica y un criterio de justicia material[14]. De esta colisión se extraen distintas consecuencias.

1127 Mientras una opinión[15] —la cual es incluso defendida actualmente por la Segunda Sala del BGH— pone la perspectiva de la seguridad jurídica en un primer plano y señala que ninguna subsunción alternativa (propia) está permitida, otra opinión[16] llega a la conclusión de que se tendría que conceder una absoluta primacía a los criterios de justicia y que, por consiguiente, toda subsunción alternativa estaría permitida. Aquí ha de seguirse una **opinión intermedia** (opinión dominante), que busca un equilibrio razonable entre ambos principios y a la cual se han ido adhiriendo entretanto las otras salas del BGH[17], en rechazo a la "resolución de consulta" de la Segunda Sala del BGH. De acuerdo con el principio de "**concordancia práctica**" entre seguridad jurídica y la justicia del caso concreto, tiene que alcanzarse una **eficacia óptima** mediante la limitación proporcional de uno de los principios por medio del otro[18]. Esto puede lograrse declarando en favor de la justicia en el caso concreto que la subsunción alternativa heterogénea está permitida de modo general, aunque sometida a requisitos estrictos que garanticen que la seguridad jurídica no se vea recortada tan gravemente. Según una opinión defendida parcialmente, para ello se necesita, sin embargo, de una regulación legal[19].

2. Requisitos de la subsunción alternativa propia

En concreto, se tiene que satisfacer los siguientes requisitos[20]:

14 *Maurach/Zipf*, AT/1, § 10 n. m. 26.

15 *Alwart*, GA 1992, 545, 562; *Freund*, Wolter-FS, p. 35; NK-*Frister*, Nach § 2 n. m. 76 y ss.; AnwK-StGB-*Gaede*, § 1 n. m. 51.

16 Cfr. *von Hippel*, NJW 63, 1534.

17 BGH NStZ-RR 14, 307 y 308; BGH NStZ-RR 15, 39 y 40.

18 S/S-*Lenckner* entre otros, § 1 n. m. 67 y s.; *Wolter*, JuS 83, 363.

19 *Wolter*, GA 2013, 271; al respecto, *Stuckenberg*, ZIS 14, 461, 471

20 *Lackner/Kühl*, § 1 n. m. 10 y ss.; *Fischer*, § 1 n. m. 19 y ss.; *Stuckenberg*, JA 01, 221; *Köchel/Wilhelm*, ZJS 14, 269.

a) En principio, tiene que existir una **ausencia de certeza respecto a los hechos** que no se pueda aclarar agotando todos los medios procesales de conocimiento. Al mismo tiempo, **todas** las constelaciones fácticas que vienen en consideración tienen que **infringir una ley penal** excluyendo cualquier otra posibilidad[21]. 1128

b) Si las variantes que vienen en consideración se hallan entre ellas en una relación de "**mayor o menor**", es decir, en una denominada **relación gradual**, entonces rige el principio *in dubio pro reo*, de modo que el autor tiene que ser sancionado por el delito menos grave[22]. Por consiguiente, no queda lugar para la subsunción alternativa. Aquí se distingue entre relaciones de jerarquía lógicas (propias) y las denominadas relaciones de jerarquía normativas. 1129

Las **relaciones graduales lógicas** existen siempre que, entre dos tipos, alternativamente realizados, uno de ellos abarca completamente al otro, como sucede en especial en el caso de la relación tipo cualificado-tipo básico.

En cambio, las **relaciones graduales normativas** existen cuando, a pesar de la ausencia de una relación jerárquica lógica, los tipos que vienen en consideración se distinguen por la distinta intensidad del contenido de su injusto. Esa relación jerárquica normativa es aceptada por la jurisprudencia en especial en la relación entre el delito imprudente y el delito doloso[23], autoría y participación[24], así como instigación y complicidad[25] y recientemente también entre la complicidad en el asesinato (§§ 211, 27) o el robo en coautoría (§§ 249, 25.II) y la omisión de denuncia de los delitos que han sido planeados (§ 138)[26].

c) De acuerdo con la jurisprudencia constante del BGH, los comportamientos que vienen en consideración tienen que ser semejantes o comparables desde el punto de vista ético-jurídico y psicológico[27]. Como **equivalencia ético-jurídica** tiene que entenderse una gravedad aproximadamente similar de los reproches de culpabilidad y una **valoración ética y jurídica semejante** de acuerdo con una percepción jurídica general. Esto ha sido precisado en 1130

21 BGHSt 12, 386, 388; BGH NStZ 14, 42.

22 BGHSt 22, 154, 156; 23, 203, 204 y s.; BGH NStZ 14, 640 (robo respecto a la extorsión con fines de robo).

23 BGHSt 32, 48, 57.

24 BGHSt 23, 203, 207.

25 BGHSt 31, 136.

26 BGH NStZ 04, 499 (asesinato); BGHSt 55, 148 (robo); ampliamente, a favor, *Heghmanns*, ZJS 10, 788; crít. *Hohmann*, NStZ 11, 33; más detalladamente, *Stuckenberg*, Wolter-FS, p. 661.

27 Vgl BGHSt GrS 9, 390, 394; 21, 152, 153.

el sentido de que para una equivalencia ético-jurídica debe ser decisivo y suficiente que los comportamientos que vienen en consideración lesionen los mismos bienes jurídicos o que estos sean en esencia similares[28]. La **equivalencia psicológica** requiere que la **relación psicológica del autor** con los comportamientos en cuestión se encuentre constituida de un modo considerablemente similar[29]. Esa relación existe cuando la actitud del autor respecto a los bienes jurídicos y su situación motivacional son similares[30].

1131 Aplicado al **caso n.° 21b** se tiene lo siguiente: existe una incertidumbre respecto al suceso, pues el tribunal no puede establecer claramente si A ha cometido un hurto o una receptación. Los tipos de los §§ 242 y 259 no se hallan en una relación gradual entre sí. Sin embargo, de acuerdo con la percepción jurídica el hurto y la receptación poseen una valoración ética equivalente y por eso resultan equivalentes desde una perspectiva ético- jurídica. También la relación psicológica del autor respecto de los distintos tipos es semejante. En consecuencia, el tribunal llevará a cabo una subsunción alternativa entre el hurto y la receptación.

1132 La jurisprudencia ha considerado **permitida** una subsunción alternativa, entre otros, en los siguientes casos: hurto (§ 242) y receptación (§ 259)[31], también en los casos de la comisión en banda en el sentido de los §§ 244, 244a y §§ 260, 260a[32]; hurto (§ 242) y favorecimiento (§ 257)[33]; perjurio (§ 154) y falsa imputación (§ 164)[34]; estafa (§ 263) y receptación (§ 259)[35]; estafa (§ 263) y estafa informática (§ 263a)[36].

Por el contrario, la jurisprudencia ha considerado que una subsunción alternativa **no está permitida** debido a la ausencia de equivalencia de los tipos en las siguientes constelaciones: tentativa de aborto (§§ 218, 22, 23.I) y estafa (§ 263)[37]; hurto (§ 242) y extorsión (§ 253)[38]; hurto con violación de domicilio (§ 244) y receptación (§ 259)[39]; robo agravado (§§ 249, 250) y receptación (§ 259)[40].

28 BGH wistra 85, 67.
29 BGHSt GrS 9, 390, 394.
30 OLG Saarbrücken NJW 76, 65, 67.
31 RGSt 68, 257, 262; BGHSt 1, 302; 9, 390, 393; 12, 386; BGH wistra 90, 225.
32 Vgl BGH wistra 00, 258 con obs. *Baier*, JA-R 00, 176.
33 BGHSt 23, 360; crít. *Hruschka*, NJW 71, 1392; *Wolter*, GA 1974, 161, 167 y s.
34 BGHSt 32, 146, 149.
35 BGH StV 12, 215.
36 BGH NJW 08, 1394; BGH NStZ 14, 42.
37 BGH MDR/D, 58, 739.
38 OLG Hamm NStZ-RR, 08, 143.
39 BGH NStZ, 08, 646.
40 BGHSt 21, 152; cfr., al respecto, un panorama en LK-*Dannecker*, Anh. § 1 n. m. 115 y s.

Los presupuestos resaltados por el BGH no han estado exentos de crítica, la cual desembocó en la mencionada resolución de la Segunda Sala del BGH del año 2014. Ante todo, contra la fórmula de la equivalencia del BGH, se critica desde hace mucho que ella carecería de límites fijos; se trataría de una fórmula vacía que abriría las puertas a la **inseguridad jurídica**. Además, la valoración ética de los hechos y la percepción jurídica general de la población no podrían ser criterios vinculantes debido a su indeterminación. Por eso, algunos se orientan, en contra de la jurisprudencia, por la denominada **identidad del núcleo del injusto**. El mismo núcleo de injusto existiría cuando los ataques se dirigen contra el mismo bien jurídico o contra bienes jurídicos de la misma clase o del mismo género y el desvalor de la acción de los distintos delitos aparecen más o menos como equivalentes[41].

d) Bajo ciertas circunstancias es posible la **reducción** de un tipo penal desde su modalidad agravada a su tipo básico o a un delito contenido en este. Por consiguiente, la valoración jurídica se puede limitar a los aspectos de los tipos posiblemente realizados que resulten comparables desde la perspectiva ético-jurídica y psicológica[42]. Es decir, si, por ejemplo, no se puede determinar si el acusado ha cometido un robo grave o receptación, en realidad tendría que rechazarse una condena alternativa debido a la ausencia de semejanza ético-jurídica y psicológica. Sin embargo, si el robo es reducido al hurto contenido en él, entonces una determinación alternativa es nuevamente posible[43]. **1133**

3. Subsunción alternativa impropia

Hay que distinguir los casos de la subsunción alternativa propia tratados hasta aquí de la denominada **subsunción alternativa impropia**. Si bien aquí no hay duda respecto a la norma penal realizada por el autor, no resulta claro cuál de sus acciones ha sido la que configuró concretamente el tipo penal (denominada **alternatividad del hecho o del suceso** carente de incertidumbre jurídica); así, por ejemplo, cuando un testigo ha declarado versiones contrarias antes distintos tribunales, de modo que él tiene que haber cometido perjurio (§ 154) mediante una u otra de esas declaraciones. Para condenar aquí es necesario y suficiente con que el tipo respectivo se configure[44] en todas las alternativas fácticas que el juez de los hechos haya considerado posible tras el **1134**

41 *Hruschka*, MDR 67, 265, 267; *Jakobs*, GA 1971, 257, 270; *Otto*, Peters-FS, p. 373, 390; similar *Günther*, JR 82, 81; SK-*Rudolphi/Wolter*, Anh. § 55 n. m. 42b (valoración abstracta-concreta).

42 Cfr. BGHSt 25, 182, 185; *Baumann/Weber/Mitsch*, AT, § 10 n. m. 47.

43 BGH MDR/H 86, 793; al respecto, LK-*Dannecker*, Anh. § 1 n. m. 113; *Fischer*, § 1 n. m. 27.

44 BGHSt 46, 85, 86; BGH wistra 07, 458; v. también *Norouzi*, JuS 08, 19 n. m. 17.

agotamiento de todos los medios de prueba y excluyendo otros posibles cursos de los hechos. De la misma manera hay que tratar las constelaciones de casos en las que se establece que el autor ha realizado con seguridad una de las distintas circunstancias agravantes de un hecho punible (por ejemplo, el § 224.I a través del suministro de sustancias nocivas para la salud, Nr 1, o mediante una herramienta peligrosa, Nr 2). También aquí tiene lugar una clara condena con un fundamento en hechos alternativos[45].

IV. Pospendencia y prependencia

1135 De acuerdo con la opinión dominante hay que distinguir entre las constelaciones de la subsunción alternativa y los casos de las denominadas **pospendencia** y **prependencia**. Existe **pospendencia** cuando respecto a dos situaciones, la primera de ellas en el tiempo aún no está aclarada desde una perspectiva **fáctica**, mientras que la segunda, es decir, la posterior, ya está determinada con seguridad (en el caso inverso se habla de **prependencia**); sin embargo, la valoración jurídica del suceso posterior que ya está determinado depende del suceso previo aún no aclarable.

A diferencia de la subsunción alternativa aquí no existe una **incertidumbre sobre ambos sucesos sino solo respecto a uno**[46]. Ya el criterio del *in dubio pro reo* (exclusión de la alternativa no comprobada) lleva al resultado correcto sin que ello dependa de la equivalencia ético-jurídica y psicológica necesaria para la subsunción alternativa. A pesar de los intensos esfuerzos de la literatura para lograr claridad, aún se discute acerca de los casos concretos en los que ello se presenta. Algunos quieren llevar a cabo una diferenciación dependiendo de si el comportamiento previo, solo posiblemente realizado, resulta "relevante para el concurso" o posee ya "relevancia típica", es decir, si excluye la existencia de uno de los tipos. En el último caso tendría que aplicarse los principios de la subsunción alternativa[47]. En los últimos años

45 SK-*Rudolphi/Wolter*, Anh. § 55 n. m. 42d; más profundamente *Wolter*, Alternative und eindeutige Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage im Strafrecht, 1972; cfr. también BGH NStZ 12, 441 (subsunción alternativa entre diversas formas de comisión del asesinato).

46 BGHSt 35, 86, 88 y ss.; BGH wistra 89, 262; NStZ 89, 266; 89, 574; *Joerden*, JZ 88, 847; LK-*Dannecker*, Anh. § 1 n. m. 105, 108; *Fischer*, § 1 n. m. 30.

47 Cfr. Matt/Renzikowski-*Basak*, § 1 n. m. 33; S/S-*Lenckner* entre otros, § 1 n. m. 91; *Küper*, Lange-FS, p. 65, 73 y ss.

se discute con creciente intensidad respecto del ámbito de aplicación de la pospendencia[48].

1136 En el **caso n.° 21a** se diferencia del **caso n.° 21b** en que en este no quedan dudas respecto a si A ha "sustraído" el reloj, en el sentido del § 242, o se lo ha "procurado", en el sentido del § 259 (doble incertidumbre fáctica); más bien ya está determinada la compra del autor y con ello el "procurarse" en el sentido del § 259 y solo queda la duda respecto a si A ha hurtado en coautoría (incertidumbre fáctica simple). Sin embargo, una punibilidad con base en el § 259 afronta las dificultades constructivas referidas a que en el caso de una intervención en coautoría en un hurto no se trataría del hecho previo de "otro". A pesar de ello, en este caso se parte acertadamente de que solo el suceso comprobado (la compra) puede constituir la base de la condena. Por eso, en el **caso n.° 21c** no está permitida ninguna subsunción alternativa, sino que más bien A tiene que ser sancionado por receptación con base en los principios de la pospendencia[49].

1. Consecuencias de la subsunción alternativa

1137 Si concurren los requisitos arriba mencionados, el autor puede ser condenado alternativamente con base en uno **u** otro tipo penal. Aquí la pena se orienta de acuerdo con la ley más benigna en el caso concreto. En el proceso penal, una condena alternativa de modo requiere que el hecho objeto de acusación abarque ambos sucesos, §§ 155.I, 203 y 264 StPO[50].

1138 En el **caso n.° 21a,** A tiene que ser absuelto de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*.

En el **caso n.° 21b,** A puede ser condenado por "hurto o por receptación" por la vía de la subsunción alternativa.

En cambio, en el **caso n.° 21c** tiene que partirse únicamente de una punibilidad por receptación.

48 V. también Lackner/Kühl-*Kühl*, § 1 n. m. 19; *Wachsmuth/Waterkamp*, JA 05, 509.

49 BGHSt 35, 86, 88; BGH NStZ 11, 510.

50 Cfr. solo BGH NStZ 14, 42 con obs. *Kudlich*, ZWH 13, 270; respecto a los problemas procesales en detalle *Beulke/Fahl*, Jura 98, 262; U. *Dreyer*, Wahlfeststellung und prozessualer Tatbegriff – Die strafprozessuale Behandlung alternativer Geschehensabläufe, 1999; *Jäger*, BT, n. m. 422; *Kudlich*, JuS 05, 236; *Schröder*, JuS 05, 707.

Jurisprudencia actual sobre el § 21:

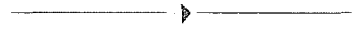
— BGH StV 16, 212: Resolución de remisión de la Segunda Sala Penal a la Sala Plena del BGH para asuntos penales respecto a la inconstitucionalidad de la subsunción alternativa impropia debido a infracciones contra el art. 103 II GG; cfr. n. m. 1125.

— BGH NStZ 14, 640: Si queda abierta la cuestión respecto a si el autor ha conseguido el botín mediante el robo (§ 249) o mediante extorsión con violencia (§§ 253, 255), entonces la condena se efectúa con base en los §§ 253, 255 StGB. En cambio, no viene en consideración una condena alternativa por robo o por extorsión con violencia. De acuerdo con la jurisprudencia existe una relación gradual (el robo es *lex specialis* respecto a la extorsión con violencia), que en casos dudosos requiere la aplicación del principio *in dubio pro reo*. Es decir, puesto que la sustracción de una cosa mueble ajena en el sentido del § 249 StGB está coabarcada en la coacción a tolerar ese proceder en el sentido del §§ 253, 255 StGB, solo puede sancionarse por el delito de extorsión con violencia que en todo caso se ha configurado; cfr. n. m. 1129.

— BGHSt 55, 148: Relación gradual ético-normativa entre la intervención en un hecho del catálogo en el sentido del § 138 (aquí concretamente: robo) y la omisión de denuncia de los delito planeados (§ 138), por eso, cuando el hecho del catálogo no puede ser comprobado no corresponde la subsunción alternativa, sino una punibilidad según el § 138 de acuerdo con el principio *in dubio pro reo*; cfr. n. m. 1129.

— BGH NStZ 14, 42: Es posible una subsunción alternativa (propia) entre una estafa (§ 263) y una estafa informática (§ 263a); no obstante, una condena por un fundamento fáctico alternativo solo esta procesalmente permitido si ambas alternativas fácticas se encuentran abarcadas por el objeto del proceso delimitado en la acusación y la resolución de apertura; cfr. n. m. 1132 y 1137.

— BGH NStZ 12, 441: Subsunción alternativa (impropia) entre distintas modalidades comisivas del asesinato (ánimo de ocultamiento – otros motivos reprochables); cfr. n. m. 1134.

Publicado: setiembre 2018

Este libro se terminó de imprimir
en setiembre del 2018 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima-Perú